

Erlangen 1960

DAS SÄUMNISVERFAHREN IM DEUTSCHEN ZIVILPROZESS

**EINE KRITISCHE BETRACHTUNG
DER DERZEITIGEN REGELUNG**

**vorgelegt von
Richard Adolf Stöcklein
Bamberg**

Stöcklein: Das Säumnisverfahren im deutschen Zivilprozeß

Druck: Verlagsdruckerei E. Rieder
Schrobenhausen/Obb.

Juni 1960

DAS SÄUMNISVERFAHREN IM DEUTSCHEN ZIVILPROZESS

EINE KRITISCHE BETRACHTUNG
DER DERZEITIGEN REGELUNG

Inaugural-Dissertation
der Juristischen Fakultät
der Friedrich-Alexander-Universität
zu Erlangen

vorgelegt von
Richard Adolf Stöcklein
aus Bamberg

Approbiert am 18. Februar 1960



MI 1394783V2IMM02 840

DEUTSCHEN ZIVILP80333

DEUTSCHEN ZIVILP80333

DEUTSCHEN ZIVILP80333

DEUTSCHEN ZIVILP80333

DEUTSCHEN ZIVILP80333

DEUTSCHEN ZIVILP80333

DEUTSCHEN ZIVILP80333

DEUTSCHEN ZIVILP80333

Referent: Prof. Dr. K. H. Schwab

Dekan: Prof. Dr. H. Hubmann

Vorwort

Im Verfahrensrecht darf sich das Gesetz nicht darauf beschränken, abstrakte Tatbestände zu umreißen und daran Rechtsfolgen zu knüpfen, sondern hier gilt es, dem Richter und den Parteien greifbare, unmißverständliche Anweisungen zu geben. Die Anforderungen an den Gesetzestext sind daher gerade im Prozeßrecht besonders hoch. Er muß den Gang und die möglichen vielseitigen Geschehnisse des Verfahrens festlegen; an ihn muß sich eine rechtsstaatliche Auslegung in besonders strengem Maße halten.

Unserer Zivilprozeßordnung geschieht kein Abbruch, wenn ihr der Vorwurf zuteil wird, in manchen Punkten unklar, um nicht zu sagen mißverständlich zu sein. Die Wandlungen und Entwicklungen in einem achtzigjährigen verfahrensrechtlichen Denken allein sind eine Erklärung hierfür.

Diese Wandlungen und Entwicklungen darf eine vernünftige Rechtsanwendung aber nicht unberücksichtigt lassen. Sie mit den Forderungen des Gesetzes zu vereinbaren, ist ihre erste, freilich recht schwierige Aufgabe.

Die gegenwärtige Arbeit bemüht sich jedoch, diese Aufgabe für einen kleinen Abschnitt des Zivilprozesses zu erleichtern. Sie hat das Säumnisverfahren deshalb zum Gegenstand genommen, weil gerade hier die zu verwertenden Erkenntnisse nicht einheitlich und vor allem nicht vollständig erscheinen und weil dieser Mangel in einem derart bedeutsamen Verfahrensabschnitt besonders schmerzlich empfunden werden muß.

Bei der Bearbeitung brauchte es nicht darauf anzukommen, was Schima¹⁾ getan hat, „das Wesen der ganzen Einrichtung aus den aufzusuchenden prozessualen Oberbegriffen“²⁾ zu ermitteln, es konnte auch nicht in erster Linie auf eine Rechtsvergleichung und -abwägung hingearbeitet werden — auch hierüber sind bereits eingehende Untersuchungen veröffentlicht worden³⁾ —, sondern es sollte versucht werden, unter Mitverwendung dieser Untersuchungen eine von einheitlichen Gesichtspunkten getragene, vom Grundgedanken des Säumnisrechts beherrschte Anwendung der durchaus nicht einheitlich entstandenen und weitergebildeten Säumnisvorschriften zu ermöglichen.

¹⁾ „Die Versäumnis im Zivilprozeß“ 1928

²⁾ aaO. S. 1

³⁾ So von Sommerfeld: „Die Grundzüge des reichsdeutschen und österreichischen Versäumnisverfahren“ 1933, und von Steuerwald: „Das Versäumnisverfahren im Zivilprozeß der wichtigsten außerdeutschen Kulturstaaen Europas“ 1938.

Im Zuge dieser Bemühung sollte es zunächst darauf ankommen, den Begriff der Säumnis, wie das Gesetz ihn prägt, herauszustellen und von ähnlichen Fällen parteilicher Untätigkeit und den übrigen, gleichberechtigten Voraussetzungen der Säumnisentscheidung abzugrenzen. Aber auch zur Problematik des gesetzlichen Säumnisbegriffs, die namentlich im § 332 ZPO wurzelt, und zu den sich aus der im Jahre 1924 nur mangelhaft redigierten Vorschrift des § 335 ergebenden Unklarheiten über die übrigen Säumnisvoraussetzungen, zur Auslegung und Einstufung des § 337, insbesondere seiner Erfassung durch § 336, mußte Stellung genommen werden. Der weitere Aufbau der Arbeit sollte dem Ablauf des Verfahrens folgen: Nach Herausstellung des Wesens und der besonderen Voraussetzungen der beiden Säumnisentscheidungen, des Versäumnisurteils und der Aktenlageentscheidung, — Fragen, die, so grundlegend sie sind, noch immer einer gesetzlichen Klärung harren — wurde der dem Säumnisverfahren eigentümliche Rechtsbehelf des Einspruchs nach seinem Wesen, seiner Zulässigkeit und seiner Wirkung⁴⁾ untersucht. Hierbei konnte versucht werden, die Fragen nach der formellen Rechtskraft des Versäumnisurteils und der Tragweite der zurückversetzenden Wirkung des Einspruchs (§ 342 ZPO), zu denen die Rechtsprechung in einer Reihe von allerjüngsten, sich widersprechenden Entscheidungen Stellung nimmt, einer Lösung näherzubringen. Schließlich mußte auch das Säumnisverfahren in der Rechtsmittelinstanz mit der Problematik des § 542 ZPO und in den besonderen Verfahrensarten des Urkunden- und des Statusprozesses, wenn auch nur in Grundzügen, eine kurze Betrachtung finden.

Freilich konnten die Quellen, die zu einem zentralen zivilprozessualen Thema naturgemäß sehr reich fließen, nur in beschränktem Umfang ausgeschöpft werden. Bei der von vornherein gebotenen Auslese wurde jedoch versucht, aus dem älteren Schrifttum wenigstens die namhafteren Äußerungen und aus der jüngeren Lehre jedenfalls die Meinungen der führenden Schriftsteller und Kommentatoren heranzuziehen. Bei der Verwertung der Rechtsprechung wurde vor allem auf die vom Reichsgericht erarbeiteten — freilich nicht immer gleichgebliebenen — Grundsätze und auf die — zum einschlägigen Fragenkreis leider noch sehr spärlichen — Stellungnahmen des Bundesgerichtshofs Wert gelegt. Teils aufgrund nachträglicher Einarbeitung entspricht die auf diese Weise berücksichtigte Literatur und Rechtsprechung dem Stand vom 1. 1. 1960.

⁴⁾ Die sich insoweit ergebenden Probleme hat auch Münzberg in einer nach Fertigstellung der Arbeit erschienenen Schrift („Die Wirkungen des Einspruchs im Versäumnisverfahren“ 1959) untersucht, wobei er sein Ziel freilich weiter steckte, als es hier (unter III A 3.) gesehen wurde, indem er die Aufgabe seiner Arbeit „in einer Darstellung des auf die Einlegung des Einspruchs folgenden Erkenntnisverfahrens“ (S. 7), wenn auch „unter Besinnung auf die eigentliche Funktion des Versäumnisverfahrens im Zivilprozeß“ (S. 8) sah. Soweit seine Gedanken die hier angeschnittenen Fragen berühren, wurden sie (der Themenstellung entsprechend hauptsächlich aaO.) noch berücksichtigt.

Herangezogenes Schrifttum

- Abeles Gustav: zum Säumnisverfahren im Urkundenprozeß (Anmerkung), JW 1929, S. 825
- Baumbach-Lauterbach: Zivilprozeßordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und anderen Nebengesetzen, Kurzkomentar, 25. Aufl. 1958.
- Bernstein Wilhelm: zum Säumnisverfahren im Urkundenprozeß (Anmerkung), JW 1929, S. 826.
- Biema van: zur Neuladungspflicht nach § 335 II, (Anmerkung), 1927, ZZP Bd. 52, S. 426.
- Brauer Helmuth: „Zur Ausdrucksweise im Gutachten“, JZ 1957, S. 17
- Breetzke: „Zur Berufung gegen Versäumnisurteile“, JZ 1952, S. 268.
- Curtius: „Parlamentarisches zur Zivilprozeßreform“, JZ 1924, S. 354.
- Delius: „Die Entscheidung nach Lage der Akten im neuen Zivilprozeß“, „Das Recht“ 1924, S. 99.
- De Boor: Die Entscheidung nach Lage der Akten, 1924.
- Erlanger P.: „Kann der Einspruch gegen ein den Einspruch verwerfendes Versäumnisurteil Erfolg haben?“ LeipzZ 1931, S. 492.
- Goldschmidt James: Der Prozeß als Rechtslage, 1925.
- Göppinger Horst: „Klagerücknahme nach klageabweisendem Versäumnisurteil“, 1953, ZZP Bd. 66, S. 284.
- Hahn C: Gesammelte Materialien zur Zivilprozeßordnung, 1880.
- Hellwig Konrad: System des Zivilprozeßrechts 1912 (1. Teil) und 1919 (2. Teil).
- Jonas: zur Auslegung des § 542 ZPO (Anmerkung), JW 1932, S. 2904.
- Kohler J.: Prozeßrechtliche Forschungen, 1889.
- Lent Friedrich: Zivilprozeßrecht, Kurzlehrbuch, 5. Aufl. 1953.
- Levis Otto: zur Aktenlageentscheidung im Eheprozeß (Anmerkung), 1931, ZZP Bd. 56, S. 198.
- Marwitz-Lorenz: Das Urteil in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, 1929.
- Mews Friedrich: „Werden Versäumnisurteile ohne Zustellung rechtskräftig?“, NJW 1957, S. 491.

VIII

- Neumann-Duesberg: „Berufung gegen zweites Versäumnisurteil bei Säumnis nur im zweiten Termin“, JZ 1951, S. 140.
- Nikisch Arthur: Zivilprozeßrecht, Lehrbuch, 2. Aufl. 1952.
- Pohle Rudolf: zum Wesen des Versäumnisurteils (Anmerkung), MDR 1949, S. 417.
- Raiser Ludwig: „Vertragsfreiheit heute“, JZ 1958, S. 1.
- Rosenberg Leo: Das neue Zivilprozeßrecht, 1924.
- Rosenberg Leo: „Die Anfechtbarkeit von Urteilen gegenüber Prozeß-unfähigen oder gegenüber einer nicht durch ihren richtigen gesetzlichen Vertreter vertretenen Partei“, JZ 1951, S. 43.
- Rosenberg Leo: Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, 7. Aufl. 1956.
- Rosenberg Leo: „Zum Entwurf einer Zivilprozeßordnung“, 1933, ZZP Bd. 57, S. 290.
- Schneider Egon: „Schlüssigkeit und Wahrheit“, JZ 1957, S. 246.
- Schima Hans: Die Versäumnis im Zivilprozeß, 1928.
- Schönke Adolf: Lehrbuch des Zivilprozeßrechts, 7. Aufl. 1951.
- Schwab Karl-Heinz: „Die neueste Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Abstammungsklage“, JW 1955, S. 649.
- Schwab Karl-Heinz: Probleme der Abstammungsklage, 1955, ZZP Bd. 68, S. 121.
- Seuffert-Walsmann: Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 12. Aufl., 1932.
- Sommerfeld Max: Die Grundzüge des deutschen und österreichischen Versäumnisverfahrens, 1933
- Stein-Jonas-Schönke: Kommentar zur Zivilprozeßordnung, bearb. v. Rudolf Pohle, 18. Aufl. 1956.
- Steuerwald Hans: Das Versäumnisverfahren im Zivilprozeß der wichtigsten außerdeutschen Kulturstaaten Europas, 1938.
- Stoll: „Reformfragen des Versäumnisverfahrens“, DJZ 1934, S. 302.
- Sydow-Busch: Zivilprozeßordnung und Gerichtsverfassungsgesetz, 22. Aufl. 1942.
- Troll F.: Das Versäumnisurteil, 1887.
- Volkmar: „Das deutsche und österreichische Versäumnisverfahren“, JW 1928, S. 2676.

- Wach Adolf: „Die Schriftlichkeit im Zivilprozeß neuen Rechts“, DJZ 1924, S. 246.
- Wach Adolf: Vorträge zur Reichs-Zivilprozeßordnung, 1879 (1. Aufl.), 1896 (2. Aufl.).
- Wieczorek Bernhard: Zivilprozeßordnung und Nebengesetze, Großkommentar, 1957/58.
- Zöller Richard: Zivilprozeßordnung und Gerichtsverfassungsgesetz, 8. Aufl. 1957.
- Nach Fertigstellung der Arbeit wurden noch berücksichtigt:
- Burkhardt Herbert: „Zur Berufung gegen Versäumnisurteile“, JZ 1958, S. 471.
- Lehmann Jürgen: „Zur Frage der Berufung gegen Versäumnisurteile“, JZ 1958, S. 691.
- Münzberg Wolfgang: Die Wirkungen des Einspruchs im Versäumnisverfahren, 1959.
- Riechert: „Das Versäumnisurteil und das Urteil nach Lage der Akten im Ehescheidungsstreit“, ZZP Bd. 71, S. 339.
- Schwab Karl-Heinz: zur Anwendung des § 542 in Ehesachen (Anmerkung), NJW 1959, S. 730.

Verwendete Abkürzungen

aaO.	= am angeführten Ort
ACP	= Archiv für die zivilistische Praxis
Anm.	= Anmerkung
BayZ	= Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern
BGH	= Bundesgerichtshof
BGHZ	= Entscheidung des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
DJ	= Deutsche Justiz
DJZ	= Deutsche Juristenzeitung
DR	= Deutsches Recht
DRZ	= Deutsche Rechtszeitschrift
ff.	= und folgende
GG	= Grundgesetz
GruchBeitr.	= Gruchots Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts
HRR	= Höchsttrichterliche Rechtsprechung
JR	= Juristische Rundschau
JW	= Juristische Wochenschrift
JZ	= Juristenzeitung
LeipzZ	= Leipziger Zeitschrift für deutsches Recht
LG	= Landgericht
LindMöhr. (LM)	= Lindenmaier-Möhring: Nachschlagwerk des Bundesgerichtshofs
MDR	= Monatszeitschrift für deutsches Recht
NJW	= Neue Juristische Wochenschrift
OGHBrZ	= Oberster Gerichtshof f. d. britische Zone
OLG	= Oberlandesgericht
OLGE (OLGRspr.)	= Die Entscheidungen der Oberlandesgerichte (auf dem Gebiete des Zivilrechts)
RArbGE	= Entscheidungen des Reichsarbeitsgerichts
RG	= Reichsgericht
RGSt	= Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen
RGZ	= Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
SchleswHolstAnz	= Schleswig-Holsteinische Anzeigen
SeuffA	= J. H. Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte
ZPO	= Zivilprozeßordnung
ZZP	= Zeitschrift für Zivilprozeß

Inhaltsübersicht

I. Der Begriff der Säumnis

1. Zur Terminologie des Gesetzes	1
2. Die Säumnis im Sinne des Gesetzes	2
3. Die Problematik des gesetzlichen Säumnisbegriffs	3
a) Nichterscheinen und Nichtverhandeln	3
b) Der Zeitpunkt des Nichterscheins bzw. Nichtverhandelns	11
c) Der die Säumnis begründende Termin	13

II. Die Folgen der Säumnis

A. Weitere allgemeine Voraussetzungen der Säumnisfolgen	20
1. Zur Systematik des Gesetzes	20
2. Der Antrag	22
3. Die Voraussetzungen nach § 335 I	24
a) Das Erfordernis des Nachweises eines von Amts wegen zu berücksichtigenden Umstandes (§ 335 I Nr. 1)	24
b) Die Ordnungsmäßigkeit der Ladung (§ 335 I Nr. 2)	27
c) Rechtzeitige Mitteilung des tatsächlichen mündlichen Vorbringens (§ 335 I Nr. 3)	29
d) Erfordernis der Neuladung (§ 335 II)	32
4. Die Voraussetzungen nach § 337	33
5. Die sofortige Beschwerde des § 336	36
B. Das Versäumnisurteil	40
1. Besondere Voraussetzungen	40
a) bei Säumnis des Klägers	40
b) bei Säumnis des Beklagten	42
2. Das Wesen des Versäumnisurteils	46
C. Die Entscheidung nach Lage der Akten	56
1. Abgrenzung und Wesen der Aktenlageentscheidung	56
2. Die Grundlagen und besonderen Voraussetzungen der Aktenlageentscheidung	61
a) Die Grundlagen der Aktenlageentscheidung	61
b) Die besonderen Voraussetzungen der Aktenlageentscheidung	64

III. Die Beseitigung der Säumnisfolgen

A. durch Einspruch	69
1. Das Wesen des Einspruchs und die Problematik des Einspruchssystems	69
2. Die Zulässigkeit des Einspruchs	75
a) Vorliegen eines Versäumnisurteils	75
b) Die zeitliche Begrenzung der Zulässigkeit	75
c) Die inhaltliche Begrenzung der Zulässigkeit	83
3. Die Wirkung des Einspruchs	83
B. Die Beseitigung der Säumnisfolgen durch Berufung	93
1. Das zweite Versäumnisurteil im prozeßtechnischen Sinn	93
2. Die Anfechtung des „zweiten“ Versäumnisurteils	95
a) Zulässigkeit der Berufung	96
b) Begründetheit der Berufung	98

IV. Das Säumnisverfahren in Sonderfällen

A. in der Rechtsmittelinstanz	102
1. in der Berufungsinstanz	103
a) bei Säumnis des Berufungsklägers	103
b) bei Säumnis des Berufungsbeklagten	104
2. in der Revisionsinstanz	109
3. Die Aktenlageentscheidung im Rechtsmittelverfahren	109
B. Die Säumnis in den besonderen Verfahrensarten	110
1. im Urkunden- und Wechselprozeß	110
a) bei Säumnis des Klägers	110
b) bei Säumnis des Beklagten	111
c) Die Entscheidung nach Lage der Akten im Urkundenprozeß	114
2. Die Säumnis im Statusprozeß	115
a) bei Säumnis des Klägers	115
b) bei Säumnis des Beklagten	117

I. Der Begriff der Säumnis

1. Zur Terminologie des Gesetzes:

Es ist gerade bei der Behandlung eines juristischen Themas bestimmt keine nutzlose oder gar überflüssige Bemühung, vor dem Eingehen auf die eigentliche Problematik zunächst — rein terminologisch — die Begriffe zu klären. Auf dem Gebiete des Zivilprozeßrechts erweist sich dies geradezu als Notwendigkeit; denn unsere jetzt 80jährige Zivilprozeßordnung spricht die Sprache einer Zeit, in der sich die prozeßrechtlichen Begriffe und Bezeichnungen noch nicht in ihrer heutigen Vielgestaltigkeit und Genauigkeit ausgeprägt hatten.

Nicht wahrnehmen, also versäumen kann die Partei Prozeßhandlungen (§§ 230 ff), Fristen (§§ 233 ff) und Termine (§§ 330 ff)⁵). Da der Umfang dieses verschiedenen Untätigseins und die daran vom Gesetz in den angeführten Bestimmungen geknüpften Folgen verschieden sind, empfiehlt es sich, der besseren Unterscheidung halber, gleich von vornherein verschiedene Begriffe einzuführen⁶). Es läßt sich vertreten, die ersten beiden genannten Untätigkeitsfälle unter einem Begriff zusammenzufassen, da eine wahrzunehmende Prozeßhandlung doch in der Regel mit einer einzuhaltenden Frist verbunden ist, eine Untätigkeit im einen Fall also meist auch einer solchen im anderen Falle gleichkommt. Aus diesem Grunde regelt das Gesetz die Nichtwahrnehmung von Prozeßhandlungen und Fristen auch in einem Zuge, nämlich in den Vorschriften der §§ 230 ff, und aus diesem Grunde verwendet es auch für beide Fälle die gleiche Bezeichnung „Versäumung“. Demgegenüber ist aber die Nichtwahrnehmung eines Termins ein viel weitgehenderes Untätigsein, und die Folgen, die es nach sich zieht, sind auch dementsprechend tiefgreifender. Das Gesetz spricht bei dieser dritten Möglichkeit des Nichttätigseins einer Partei von „Versäumnis“⁷). Nur an einer Stelle durchbricht es diese, ansonsten konsequent durchgeführte begriffliche Trennung, und zwar im § 513 II: Dort wird die Berufung gegen Versäumnisurteile, gegen die der Einspruch nicht statthaft ist, insoweit zugelassen, als sie darauf gestützt wird, „daß ein Fall der Versäumung nicht vorgelegen habe“, während es folgerichtig ... „ein Fall der Versäumnis ...“ heißen müßte. Gewiß ist diese kleine Inkonsequenz nicht verhängnisvoll und erscheint im Hinblick auf andere ungenaue oder sogar mißglückte Formulierungen unserer ZPO — erinnert sei nur an den geradezu irreführenden § 274 — durchaus als unwesentlich, doch würde man der Dogmatik immerhin einen Dienst erweisen, wenn man diesen

⁵) Die Vorschriften der Zivilprozeßordnung werden (auch im folgenden) ohne Gesetzesangabe zitiert.

⁶) Eine Auseinandersetzung z. B. mit der Vorschrift des § 231 bei der Festlegung des Säumniszeitpunktes, wie sie Münzberg („Die Wirkungen des Einspruchs im Versäumnisverfahren“, 1959, S. 35, 36) — freilich mit dem richtigen Ergebnis der Unanwendbarkeit — anstellt, erübrigt sich daher von vornherein.

⁷) Daher ist F. Trolls Argumentation („Das Versäumnisurtheil“ 1887) nicht überzeugend, wenn er (S. 6/7) „Versäumung“ als allgemeinen Oberbegriff betrachtet wissen will, der die „Versäumnis“ in sich schließe, und wenn er daraus folgert, es sei lediglich ungenau, „Versäumung“ statt „Versäumnis“, aber unrichtig, „Versäumnis“ statt „Versäumung“ zu sagen.

„Redaktionsfehler“ im Zuge eines der ab und zu fälligen Änderungsgesetze beseitigen würde.

Die aufgezeigte Unterschiedlichkeit der verschiedenen Untätigkeiten in Bedeutung und Umfang hat die Wissenschaft und Praxis auch dazu veranlaßt, im Fall der Nichtwahrnehmung von Prozeßhandlungen und Fristen von „Teilversäumung“ oder „-nis“ und im Fall der Nichtwahrnehmung von Terminen von „Totalversäumung“ oder „-nis“ zu sprechen. Ganz abgesehen davon, daß diese Unterscheidung wohl zum Teil in Verkennung der bereits vom Gesetz getroffenen Unterscheidung erfolgte und daher nicht notwendig erscheint, ist sie in der Wahl der Bezeichnungen nicht glücklich; denn einerseits kann man eine Frist oder Prozeßhandlung nicht als Teil des Verfahrens und einen Termin nicht als das Verfahren selbst betrachten, andererseits ist gerade die „Teilversäumnis“ mit der Folge des § 230 viel schwerer reparabel als die „Totalversäumnis“. Warum soll man nicht, wenn man schon eine über das Gesetz hinausgehende, begriffliche Unterscheidung treffen will, die einzelnen Fälle beim richtigen Namen nennen und von „Frist-“, „Handlungs-“ und „Terminversäumung“ sprechen? Jedenfalls erscheint eine solche Terminologie viel zweckdienlicher, so daß man die farblosen Begriffe „Teil-“ und „Totalversäumnis“⁸⁾, die erst einer näheren Erläuterung bedürfen⁹⁾, ruhig fallen lassen kann. Mit gutem Grund hat daher dieses Begriffspaar in Lehre und Rechtsprechung keinen rechten Eingang gefunden, und erwähnen die neuen Lehrbücher und Kommentare diese Unterscheidung nur am Rande und wohl nur aus Gründen der Vollständigkeit und Tradition. Die nächstliegende Möglichkeit ist auch hier die beste, nämlich das Verbleiben bei der vom Gesetz gewählten Unterscheidung zwischen Versäumung und Versäumnis¹⁰⁾. Zu befürworten ist lediglich die neuerdings statt „Versäumnis“ gebrauchte kürzere Wendung „Säumnis“, und zwar nicht aus Gründen der Bequemlichkeit, sondern zur Vermeidung des Gleichlauts, der bei Begriffsunterscheidungen immer unerwünscht ist¹¹⁾.

2. Die Säumnis im Sinne des Gesetzes:

Nur der dritte Fall des parteilichen Untätigseins, die Terminversäumnis — wie gezeigt, zweckmäßig kurz „Säumnis“ genannt —, soll hier Behandlung finden. Nur er begründet das in den §§ 330 ff ZPO eigens geregelte Verfahren, das Säumnisverfahren. Eine umfassende Definition dessen, was der

⁸⁾ Zurück geht diese Unterscheidung auf die Motive, die (zum § 283 des Entwurfs) vom Gegensatz zwischen „totaler“ und „partieller“ Versäumung der Verhandlung sprechen und unter letzterer „das unvollständige Handeln innerhalb eines Verhandlungstermins“ verstehen.

⁹⁾ So weist Schima („Die Versäumnis im Zivilprozeß“ 1928) darauf hin (S. 159), daß der Begriff „Totalversäumnis“ für die verschiedensten Fälle gebraucht werden kann und auch gebraucht wird.

¹⁰⁾ Ein gutes Schlaglicht auf die seinerzeitigen Bemühungen um die Begriffsbildung werfen auch die — heute freilich etwas eigenartig anmutenden — Überlegungen F. Trolls (aaO. S. 7, Fußn. 3), daß, obwohl die ZPO „Versäumung“ und „Versäumnis“ als Feminina gebrauchte, sich auch „das Versäumnis“ gut verteidigen lasse.

¹¹⁾ Im Hinblick darauf kann es auch dahingestellt bleiben, ob Münzbergs Wertung „nach dem Sprachgefühl“ (aaO. S. 42, Fußn. 52) zutrifft, wenn er meint, jemand sei „säumig, wenn er sich verspätet, während von Versäumnis nur gesprochen wird, wenn man zu spät kommt“. Münzberg selbst verwendet überwiegend den Ausdruck „Säumnis“ statt „Versäumnis“.

Gesetzgeber unter Säumnis versteht und an welche Voraussetzungen er das Anlaufen dieses Verfahrens knüpft, findet sich auch hier, wie bei so vielen Begriffen, mit denen die ZPO arbeitet, nicht. Sie muß vielmehr aus den einzelnen, in Betracht kommenden Gesetzesstellen erst zusammengetragen werden und ergibt sich als

ein Nichterscheinen (§§ 330, 331) oder Nichtverhandeln (§ 333) einer Partei bis zum Schluß (§ 220 II) eines zur (obligatorischen) mündlichen Verhandlung bestimmten Termins (§§ 330, 331, 332).

Unter diesen Voraussetzungen ist also eine Partei säumig, und die erschiene Gegenpartei kann durch ihren Antrag (auf Versäumnisurteil oder Entscheidung nach Lage der Akten) das Säumnisverfahren in Gang bringen. Ob es dann zu der begehrten Entscheidung kommt, hängt von der Erfüllung weiterer, vom Gesetz gestellter Anforderungen ab (§§ 331, 331 a und vor allem 335).

3. Die Problematik des gesetzlichen Säumnisbegriffs:

Jedoch sind bereits die aufgezeigten Voraussetzungen des Säumnisverfahrens durchaus nicht unproblematisch, und es erscheint notwendig, bereits diese, bevor die Voraussetzungen der Säumnisentscheidung Behandlung finden, etwas genauer zu beleuchten.

a) Nichterscheinen und Nichtverhandeln: Nichterscheinen ist das objektive Fernbleiben¹²⁾ ohne Berücksichtigung der Ursachen und der Motive, die hierzu den Ausschlag gegeben haben¹³⁾. Insbesondere spielt die Frage, ob den Säumigen ein Verschulden trifft, keine Rolle, und insbesondere ist es auch unwesentlich, ob die Abwesenheit freiwillig, besser gesagt, vom Gericht unbeeinflusst, oder unfreiwillig, d. h. vom Gericht angeordnet ist. § 158 bezieht diesen letzteren Fall (Entfernung aus Gründen der Sitzungspolizei [§ 177 GVG], Zurückweisung eines nichtzugelassenen Prozeßagenten [§ 157]) ausdrücklich ein. Er spricht zwar nicht von Säumnis, sondern davon, daß das Gericht auf Antrag „in gleicher Weise verfahren“ kann, „als wenn sie (die Partei) sich freiwillig entfernt hätte“. Diese Formulierung ist deshalb in dieser allgemeinen Form notwendig, weil eine Säumnisentscheidung neben der Säumnis noch von weiteren Voraussetzungen abhängt¹⁴⁾.

Dem Nichterscheinen wird das Nichtverhandeln durch die Fiktion des § 333 gleichgestellt, so daß ersteres bei der „Definition“ der Säumnis im § 220 II nicht eigens erwähnt zu werden braucht. Wann aber ein solches Verhandeln im Sinne des § 333 vorliegt, diese Fiktion also eintritt, ist im Gesetz nicht gesagt. In der Tat hat diese Frage in Rechtsprechung und Wissenschaft schon oft zu — mitunter tiefeschürfenden — Erörterungen Anlaß gegeben¹⁵⁾. In

¹²⁾ Es ist allzu theoretisch, noch zwischen Erschienenensein und bloßer Anwesenheit zu unterscheiden und dies auf den Grundsatz der Öffentlichkeit zu stützen (Troll aaO. S. 28). Wenn der Nichtverhandelnde als säumig gilt (§ 333), dann ist es gleich, ob man ihn als „nicht erschienen“ oder „lediglich“ als „anwesend“ betrachtet.

¹³⁾ Auch Rosenberg („Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts“ 1956, S. 492): „Aus welchem Grunde die Partei nicht erscheint oder nicht verhandelt, ist gleichgültig. Ein Verschulden ist nicht Voraussetzung der Säumnis“.

¹⁴⁾ die unter II A zu behandeln sein werden.

¹⁵⁾ U. a. RGZ 10/391; 31/423; 132/336; OLG Colmar OLGE 27/115; OLG Kiel OLGE

den neueren Lehrbüchern und Kommentaren findet man meist die vom Oberlandesgericht Kiel (aaO.) gewählte Formulierung, unter Verhandeln im Sinne des § 333 sei „jegliche aktive Beteiligung der Partei an der Erörterung des Rechtsstreits vor Gericht“ zu verstehen¹⁶⁾. Daß diese Definition aber wenig dazu angetan ist, eine Klärung aller in diesem Zusammenhang auftauchenden Fragen herbeizuführen, zeigt sich bereits darin, daß im Anschluß an sie auch weiterhin die verschiedensten und oft gegensätzlichen Folgerungen gezogen werden.

Wenn man erkennen will, welches Tätigwerden der Partei erforderlich ist, um die durch § 333 gesetzte Grenze zu überschreiten und damit den Ausschluß der Säumnis zu erreichen, so versucht man dies wohl am besten, indem man zunächst nach dem Sinn und Zweck dieser Vorschrift fragt. Die Motive begnügen sich damit, dem Nichtverhandeln das unvollständige Verhandeln gegenüberzustellen, und zu erklären, ob eine Partei in totum nicht verhandelt habe, sei quaestio facti¹⁷⁾. Zu diesem Ergebnis, die Frage sei „eine tatsächliche und aus dem Wesen und den Umständen des einzelnen Falles zu beantworten“, kommt auch das Reichsgericht, das sich schon sehr früh mit dem Problem zu befassen hatte¹⁸⁾. Trotzdem hilft es weiter, sich klarzumachen, weshalb die „Nichterscheinsfiktion“ des § 333 — um sie einmal so zu nennen — geschaffen wurde: Das Säumnisverfahren soll der nichtsäumigen, an einem ihr günstigen Ausgang des Prozesses mit Recht interessierten Partei auch ohne Mitwirkung des Gegners zum Ziele verhelfen und eine Weiter- und Zuendeführung des Verfahrens im öffentlichen Interesse nicht zu weitgehend von der Parteiwillkür abhängig machen¹⁹⁾. Deshalb soll es überall dort in Gang kommen, wo die Partei nicht einmal so viel tut, um wenigstens die Weiterführung des Verfahrens zu ermöglichen. Das Prinzip der Mündlichkeit unserer ZPO, wie es in den §§ 128, 278 I verankert ist, verlangt nun einmal mündliche Erörterung des Rechtsstreits — wenigstens im Wege der Bezugnahme auf Schriftsätze (§ 137 III) — und erlegt es dem Richter auf, grundsätzlich nur Tatsachen, die Gegenstand der mündlichen Verhandlung waren, in seiner Entscheidung zu verwerten. Dort also, wo die Partei — auch bei körperlicher Anwesenheit im Termin — sich nicht bereitfindet, diesem Erfordernis Genüge zu tun, muß man von ihrer Säumnis ausgehen, und dort beginnt auch die Funktion des Säumnisverfahrens.

Eine „Erörterung des Rechtsstreits“ kann es niemals bilden, wenn die Partei lediglich einen Vertrags- oder Aussetzungsantrag stellt²⁰⁾; denn, wie herausgestellt, ist es ja gerade — wenigstens in zweiter Linie — der Sinn des

39/55; auf einzelne Fundstellen in der Literatur wird im folgenden noch eingegangen.

¹⁶⁾ Bereits die unmittelbar nach dem Inkrafttreten der ZPO von der Wissenschaft herausgearbeiteten, vielgestaltigen Definitionen des Verhandlungsbegriffs liefen sämtlich auf Begriffe wie „Erörtern“, „Auseinandersetzen“ ... hinaus. Zu diesem Ergebnis kommt Troll (aaO. S. 32) nach genauerer Untersuchung.

¹⁷⁾ S. 232 (Hahn „Materialien zur ZPO“ S. 295).

¹⁸⁾ JW 1903 S. 66.

¹⁹⁾ Ähnlich umreißt Schima (aaO. S. 3) den Sinn und Zweck des Säumnisverfahrens.

²⁰⁾ Allgemeine Meinung; s. z. B. Rosenberg aaO. S. 492, Schönke („Lehrbuch“) S. 324, Stein-Jonas-Schönke Anm. I zu § 333, Baumbach-Lauterbach Anm. 2 zu § 333, Wiczorek Anm. B I b 1 zu § 333.

Säumnisverfahrens, eine fruchtlose, von einer Partei erzwungene Verschleppung des Verfahrens zu verhindern²¹⁾).

Säumig wird die Partei in der Regel auch dann sein, wenn sie lediglich Sachantrag stellt, ein Grundsatz, auf den sich die Rechtsprechung längst eingespiegelt hat²²⁾ und der deshalb einleuchtend und annehmbar ist, weil die Sachanträge meist in stereotypen Wendungen bestehen, in denen man (objektiv) weder ein Vorbringen zum konkreten, vorliegenden Fall, noch (subjektiv) den Willen der Partei hierzu erblicken kann. Im Hinblick auf diese Begründung muß man also zwei Ausnahmen zulassen:

- aa) wenn der Antrag sich nicht im bloßen Entscheidungsbegehren erschöpft, sondern in seinem Wortlaut bereits ein Eingehen auf den Sachvortrag des Gegners oder sonst ein das Begehren begründendes Vorbringen enthält.
- bb) wenn die Partei — etwa im früheren Termin — bereits zum Vorbringen des Gegners Stellung genommen oder sich sonstwie zum Prozeßgegenstand schon geäußert hat und durch die Antragstellung auf diese Stellungnahme oder Äußerung Bezug nimmt.

Zu aa): Bereits in den ersten Jahren nach Inkrafttreten der ZPO hat das Reichsgericht, dessen Entscheidungen aus dieser Zeit in prozessualen Fragen sehr ausführlich und dogmatisch aufschlußreich sind, auf diese Ausnahme hingewiesen²³⁾.

Grundsätzlich, so wird ausgeführt, sollten Anträge nur den Tenor der vom Antragsteller erbetenen Entscheidung (*petita*) enthalten und keine begründenden Ausführungen (*conclusions motivées*) sein; es sei aber keine Gewähr dafür vorhanden, daß die Parteien diese Grenzen innehalten. Die Anträge seien nicht an feste Formen gebunden. Ihr Inhalt und ihre Fassung stünde daher ganz im Belieben der Parteien. Die Anträge könnten daher über die eigentliche Bitte hinaus begründende und erläuternde Tatsachen und rechtliche Umstände enthalten, in denen ein teilweises Eingehen auf die Sache selbst liege, so daß im Verlesen eines so beschaffenen Antrags nicht ein bloßes Ausschweigen auf den Vortrag des Gegners zur Sache, sondern eine, wenn auch unvollständige Erwiderung auf die sachlichen Auslassungen des Gegners, die möglicherweise von diesem auch nachträglich vorgetragen werden könnten, zu finden sei.

Diese Argumentation des Reichsgerichts aus dem Jahre 1883 ist heute noch so überzeugend wie ehemals²⁴⁾. In der Tat wurde die Entscheidung auch nie bekämpft, sondern blieb allenfalls unbeachtet²⁵⁾. Man wird also folgern dürfen, daß überall dort, wo der Parteiantrag einen Hinweis auf den Grund des in ihm enthaltenen Entscheidungsbegehrens enthält, durch diesen Hinweis also gleichsam „motiviert“ wird, ein Verhandeln im Sinne des § 333 vorliegt. Dies

²¹⁾ Dies muß auch vom bloßen Antrag auf Bewilligung oder Versagung des Armenrechts, dem Verweisungsantrag und von einer Richterablehnung gelten (mit Rosenberg aaO., Schönke aaO. S. 325).

²²⁾ In RGZ 132/336 wird dieser Grundsatz bereits als selbstverständlich vorausgesetzt.

²³⁾ RGZ 10/389 ff.

²⁴⁾ Auch Rosenberg (aaO. S. 492) weist auf die zitierte Entscheidung hin.

²⁵⁾ Wie bei OLG Hamburg OLGE 35/81 f und selbst RGZ 132, 336.

geschieht häufig durch Anfügen eines mit „wegen ...“ eingeleiteten Zusatzes oder durch mit „da ...“ oder „weil ...“ beginnende Nebensätze. Anträge, um einige Beispiele zu bringen, etwa mit dem Wortlaut:

„Der Beklagte hat aus einem Pferdekauf 200 DM Restkaufpreis an den Kläger zu zahlen“

oder

„Der Beklagte hat dem Kläger ein Darlehen von 1000 DM zurückzahlen²⁶⁾“

oder

„Der Beklagte hat an den Kläger 100 DM zu zahlen, weil er Möbelstücke des Klägers vorsätzlich beschädigte“

oder

„Die Klage wird wegen bereits erfolgter Zahlung abgewiesen“

werden also stets auch gleichzeitig ein Verhandeln im Sinne des § 333 bedeuten, so daß, auch wenn mit keinem weiteren Wort zum Rechtsstreit Stellung genommen wird, die in solcher oder ähnlicher Weise antragstellende Partei nicht als säumig gelten kann. Es ist in ihnen ja bereits die (klagebegründende) Behauptung enthalten, daß, um die Beispiele beizubehalten, ein bestimmter Kaufvertrag abgeschlossen, ein Darlehen gegeben oder ein Schaden zugefügt wurde, bzw. die (klageerwidernde) Behauptung, daß die Schuld bereits bezahlt wurde. Man kann den Parteien nicht vorschreiben — insoweit läßt sich die zutreffende Argumentation des Reichsgerichts fortführen —, in welcher Form und Ausführlichkeit sie ihr Entscheidungsbegehren rechtfertigen, oder wenigstens, in welcher Form und Ausführlichkeit sie es zum Gegenstand der mündlichen Verhandlung machen. Für die „Erörterung des Rechtsstreits“ wird es jedenfalls genügen, schlagwortartig, und sei es innerhalb des Antrags, die begründende Tatsachenbehauptung oder Rechtsauffassung zu erwähnen. Es ist sogar zu bezweifeln, ob ein solches Verhandeln ein, wie es das Reichsgericht annimmt, lediglich „unvollständiges Verhandeln“ bildet. Die Unterscheidung zwischen vollständigem und unvollständigem Verhandeln bringt § 334 mit sich²⁷⁾, der, positiv gelesen, ein Verhandeln zu einzelnen Punkten (= unvollständiges Verhandeln) zur Vermeidung der Säumnis ausreichend sein läßt. Die Unterscheidung bezieht sich also darauf, in welchem Umfang, nicht in welcher Ausführlichkeit auf die gegnerische Behauptung eingegangen wird. Wird zum gesamten gegnerischen Vorbringen Stellung genommen — und sei es nur kurz und stichwortartig — dann ist vollständig verhandelt. Indessen ist aber hier nur die Frage zu beantworten, wann ein Verhandeln im Sinne des § 333 zu bejahen ist, so daß auf diese Frage, die ohnehin rein theoretischer Natur ist, nicht näher eingegangen zu werden braucht.

Festgehalten darf noch die generelle Folgerung werden, daß der Klageantrag bei Feststellungsklagen stets eine für § 333 ausreichende Behandlung des Prozeßstoffs enthält; denn, da er immer lautet: „Es wird festgestellt, daß ...“, enthält er auch immer, um mit den Worten des Reichsgerichts zu

²⁶⁾ Bereits Troll (aaO. S. 35) läßt den Antrag „den Beklagten zu verurteilen, an den Kläger 1000 Mark Darlehen zu bezahlen“, für ein kontradiktorisches Urteil ausreichen, fordert aber mit Recht bei Wegbleiben des Wortes „Darlehen“ Versäumnisurteil, auch bei Anerkenntnis des Beklagten.

²⁷⁾ Mit Stein-Jonas-Schönke Anm. I zu § 333, Anm. zu § 334.

sprechen, „begründende und erläuternde Tatsachen und rechtliche Umstände“. Der Feststellungskläger — so ist weiter zu folgern — kann also, wenn er seinen Antrag stellt, niemals nach § 333 säumig sein.

Auch für die Praxis lassen sich aus dem Gesagten einige Schlüsse ziehen: Der Richter braucht, wenn beide Parteien Anträge in der beschriebenen Art gestellt haben, wie es — vor allem im amtsgerichtlichen Prozeß — häufig der Fall ist — nicht mehr, um dem Mündlichkeitsprinzip zu genügen, eine weitere Erörterung des Rechtsstreits herbeizuführen, noch dazu, wenn sie sich in der bloßen Bezugnahme auf das schriftlich Vorgetragene erschöpft; er braucht dann auch nicht den stereotypen Satz: „die Parteien verhandelten streitig zur Sache“ in die Niederschrift aufzunehmen.

Zu bb) Das Reichsgericht, das in einer neueren Entscheidung²⁸⁾ auf diese zweite Ausnahme hinweist, begnügt sich mit der Feststellung, daß in der Verlesung der Anträge ein mündliches Verhandeln gefunden werden könne, wenn die Parteien, auch nur stillschweigend, auf das frühere Vorbringen Bezug nähmen, mit dieser Verlesung also ihren Vortrag als beendet ansähen. Diese Art des Handelns kann also nur bei Antragstellung in einem Termin vorliegen, der nicht der erste Verhandlungstermin der Instanz ist, da ja das bereits Vorgebrachte, auf das — stillschweigend — Bezug genommen wird, um beachtlich zu sein, in einer mündlichen Verhandlung vorgetragen oder wenigstens zu deren Gegenstand gemacht sein muß. Aber auch dann darf man in der bloßen Antragstellung nicht allzu bereitwillig schon eine solche Bezugnahme erblicken; dies hieße ja sonst, den aufgestellten Grundsatz, daß in der bloßen Antragstellung kein Verhandeln im Sinne des § 333 gesehen werden darf, für den zweiten und alle folgenden Termine außer acht lassen. Das Reichsgericht macht keine näheren Ausführungen darüber, in welchen Fällen man eine stillschweigende Bezugnahme annehmen und aus welchen Umständen die Absicht, den Vortrag zu beenden, gefolgert werden könne. Jedenfalls aber müssen schon Umstände gegeben sein, die die Annahme einer solchen Bezugnahme rechtfertigen. Eine Regel dafür, wann solche Umstände vorliegen, wird sich freilich nur schwer aufstellen lassen. Die denkbaren Möglichkeiten hierfür sind zu vielgestaltig. Man wird zu ihrer Bejahung oder Verneinung „dem richterlichen Ermessen einen gewissen Spielraum²⁹⁾“ einräumen müssen, dem es also überlassen bleiben muß, „nach den Umständen des einzelnen Falles“ aus dem Verhalten der Partei oder der Lage des Verfahrens trotz bloßer kategorischer Antragstellung eine stillschweigende Bezugnahme auf den früheren Vortrag zu entnehmen und damit eine Säumnis im Sinne des § 333 abzulehnen. Auch hierfür einige Beispiele:

Die erschienene Partei bringt, ohne ausdrücklich Bezug zu nehmen, durch eine kurze Redewendung zum Ausdruck, daß sie bei der bisher vorgetragenen Tatsachenbehauptung oder Rechtsauffassung verbleiben will — etwa durch die Formulierung: „Ich stelle nach wie vor den Antrag...“ oder „...den bisherigen Antrag...“

oder

die Partei nimmt an einem Beweistermin vor dem Prozeßgericht teil, der ja zur anschließenden mündlichen Verhandlung bestimmt ist

²⁸⁾ JW 1930 S. 141.

²⁹⁾ Stein-Jonas-Schönke Anm. zu § 333.

(§ 370 I), beteiligt sich womöglich noch durch Befragen von Zeugen und stellt dann lediglich den reinen Sachantrag.

So wie einerseits das bloße Stellen eines Antrags grundsätzlich noch kein Verhandeln im Sinne des § 333 bedeutet, so können andererseits bloße begründende Ausführungen, ohne daß ein eigentlicher, das Prozeßbegehren umreißen- der Antrag gestellt wird, die Säumnis ausschließen³⁰⁾. Zur „Erörterung des Rechtsstreits“ ist nämlich lediglich eine (mündliche!) Stellungnahme zum Prozeßgegenstand erforderlich, aus der das Entscheidungsbegehren, auch wenn es nicht wörtlich zum Ausdruck kommt, ersichtlich ist.

Führt z. B. der Kläger³¹⁾ (wieder kommt namentlich der amtsgerichtliche Prozeß in Betracht) aus, der Beklagte „müsse den Kaufpreis zahlen“, und erwidert der Beklagte, er „habe bereits bezahlt“, dann haben beide Parteien damit hinreichend deutlich zum Ausdruck gebracht, daß sie und aus welchen Gründen Verurteilung bzw. Klageabweisung begehren, und es hieße den Bogen überspannen, wollte man, um eine Säumnis auszuschließen, hierzu noch die Formulierung eines stilgerechten Antrags verlangen, zumal, wenn es sich um rechts- und prozeßunkundige Parteien handelt. Freilich wird der Richter in solchen Fällen, um alle Zweifel zu beseitigen, in Ausübung seiner richterlichen Aufklärungspflicht auf ein klares Entscheidungsbegehren hinwirken (§ 139 macht es ihm sogar ausdrücklich zur Auflage, „dahin zu wirken, daß die Parteien... die sachdienlichen Anträge stellen“) — unterläßt er dies aber, so hat die Partei trotzdem im Sinne den § 333 verhandelt.

Eine in Schrifttum und Rechtsprechung noch immer durchaus nicht einhellig beantwortete Frage ist die, worauf sich eine Verhandlung beziehen muß, um der Vorschrift des § 333 Genüge zu tun. Das Gesetz gibt hierauf nicht nur keine Antwort, sondern erschwert die Abgrenzung zwischen Verhandeln und Nichtverhandeln noch durch die weitere Unterscheidung des „unvollständigen Verhandeln“, das zu alledem § 334 nur negativ definiert und hierbei den Begriff des Verhandeln als geklärt voraussetzt.

Zunächst stellt man sich unter „Erörterung des Rechtsstreits“ ein Eingehen auf den eigentlichen Gegenstand des Verfahrens, also ein Verhandeln zur Hauptsache vor. Ob dies durch Aufstellung von Tatsachenbehauptungen oder durch Vorbringen von Rechtsauffassungen geschieht, spielt dabei keine Rolle. Die Partei hat, wenn sie auf solche Weise vorgeht, jedenfalls immer im Sinne des § 333 verhandelt. Wie aber, wenn sie sich auf die Hauptsache nicht einläßt und nur auf (prozessuale) Vor- oder Nebenfragen eingeht? Bereits Wach hat in seinen, die ZPO erläuternden Vorträgen das Nichtverhandeln als „Nicht-zur-Sache-Verhandeln“ definiert, wobei aber die „Sache“ nicht notwendig die Hauptsache, sondern der „terminliche

³⁰⁾ Schönke: „Andererseits bedeutet es nicht stets ein Nichtverhandeln, wenn eine Partei keine Anträge stellt“ (aaO. S. 325).

Stein-Jonas-Schönke: „Die Stellung der Anträge wird zwar regelmäßig, aber nicht unbedingt zur Annahme einer Verhandlung erforderlich sein“ (Anm. zu § 333).

Schima: „Er (der Beklagte) verhandelt aber auch, wenn er sich ohne einen Antrag zu stellen, darauf beschränkt, die Klageangaben zu bestreiten, was offenbar auf Abweisung der Klage abzielt“.

³¹⁾ Der Auffassung Trolls (aaO. S. 35), für den Kläger sei ein Antrag immer erforderlich, die er auf § 279 stützt, kann insoweit nicht beigetreten werden.

Verhandlungsgegenstand" sei³²⁾. Beschränke sich dieser nach Anordnung des Gerichts auf einen Zwischenstreit, so verhandle, wer über seinen Inhalt verhandle. Trotz dieser berufenen Interpretation ist die Frage nicht verstummt, ob man nicht noch weiter gehen und auch die Stellungnahme zu rein prozessualen und neben der Hauptsache liegenden materiellrechtlichen Fragen als die Säumnis ausschließend betrachten kann und muß. Man wird die Frage bejahen können³³⁾, wenn auch nicht vorbehaltlos. Prozessuale Fragen können Gegenstand einer gesonderten Entscheidung, eines sog. Zwischenurteils sein, z. B. prozeßhindernde Einreden (§ 275 I), die Zulässigkeit einer Nebenintervention (§ 71), die Zeugnisverweigerung (§ 387) usw. Ist der Termin nur zur Verhandlung über eine solche Frage und nicht — auch nicht daneben — zur Verhandlung über die Hauptsache bestimmt, dann muß sich sogar die Parteierklärung auf diese Fragen erstrecken, um ein Säumnisverfahren, das sich dann nach § 347 II auf den Zwischenstreit beschränkt³⁴⁾, auszuschließen. Ist aber der Verhandlungstermin auf die Hauptsache erstreckt, dann muß man ein Vorbringen der Partei, auch wenn es sich auf die Hauptsache nicht bezieht, doch wohl dann als zur Verhandlung im Sinne des § 333 ausreichend erachten, wenn dieses Vorbringen dazu angetan ist, eine Entscheidung des Gerichts herbeizuführen. Darf sich die Partei erwarten, daß ihre Einlassung so weit geht, um dem Gericht Stoff zu einer Entscheidung, auch wenn sich diese nur auf prozessuale Fragen erstrecken würde, zu geben, dann kann man ihr nicht den Vorwurf machen, den Rechtsstreit nicht ausreichend erörtert zu haben. Insbesondere wird dies dann nicht der Fall sein, wenn die Partei Antrag auf ein Zwischenurteil stellt. Eine Prozeßverschleppungsabsicht, das einzige hier zum Zuge kommende Bedenken, kann darin nicht erblickt werden, da es ja Aufgabe des Gerichts ist, über die Beachtung der Verfahrensvoraussetzungen und -regeln zu wachen, und ein gutes Recht der Partei, sich auf deren Verletzung zu berufen. Freilich riskiert die Partei, die sich lediglich auf prozessuale „Rechte“ stützt, im Falle ihrer Verneinung durch das Gericht eine für sie ungünstige Sachentscheidung. Bringt der Beklagte z. B. lediglich prozeßhindernde Einreden und hält sie das Gericht für unbegründet, dann muß er, wenn er sich zur Hauptsache nicht eingelassen hat, eine Verurteilung gewärtigen. Die Entscheidung bildet aber dann kein Versäumnis-, sondern ein streitiges Urteil. Die Geständnisfiktion, die ihm

³²⁾ „Vorträge zur Reichszivilprozeßordnung“ 1. Aufl. 1879, S. 117. Wach entnimmt seine Definition wohl aus § 347 II.

³³⁾ Dies tut auch Stein-Jonas-Schönke (Anm. zu § 332 ZPO): „Eine Verhandlung zur Hauptsache ist nicht erforderlich, es genügt also auch ein Verhandeln über prozessuale Vorfragen, insbesondere prozeßhindernde Einreden“. Ferner Marwitz-Lorenz („Das Urteil in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten“ 1929): „Ein Verhandeln zur Hauptsache ist nicht erforderlich. Die Geltendmachung von prozeßhindernden Einreden genügt selbst dann, wenn das Gericht Verhandlung zur Hauptsache angeordnet hat“. Demgegenüber Wieczorek (Anm. B I a 2 zu § 333): „Im nichtgetrennten Verfahren wird man, wenn es zu einer sachlichen (Versäumnis-)Entscheidung kommt, die bloße Verhandlung über Prozeßbedingungen nicht als ausreichend ansehen dürfen“. Auch u. a. Schima: „Erforderlich ist nach richtiger Ansicht ein Verhandeln zur Hauptsache“ (aaO. S. 160).

³⁴⁾ Die Motive (S. 236 Hahn aaO. S. 299) sprechen hier vom sog. Versäumniszwischenurteil, das aber — wie auch Baumbach-Lauterbach (Anm. zu § 347) feststellt — die Praxis so gut wie niemals verwendet.

zugrunde liegt, ist nicht die des § 331, sondern die des § 138 III. Tak-
tisch klug wird es daher für die Partei, auch wenn sie von der Stichhaltig-
keit ihrer prozessualen Einwendungen überzeugt ist, immer sein, wenigstens
hilfsweise einen Sachantrag zu stellen.

Von der verbreiteten Gegenmeinung, die als Verhandeln im Sinne des § 333
nur ein Verhandeln zur Hauptsache gelten lassen will, soll nur das Haupt-
argument zur Sprache kommen, weil es sich auf das Gesetz beruft und damit
Anspruch auf die meiste Überzeugungskraft erhebt: § 345 ZPO schließt den
Einspruch gegen ein zweites Versäumnisurteil dann aus, wenn es dadurch zu-
stande gekommen ist, daß eine Partei, die bereits gegen ein erstes Versäum-
nisurteil Einspruch eingelegt hatte, „in der zur mündlichen Verhandlung be-
stimmten Sitzung oder in derjenigen Sitzung, auf welche die Verhandlung
vertagt ist, nicht erscheint oder nicht zur Hauptsache verhandelt“. Wenn
hier, so folgert man, Verhandlung zur Hauptsache verlangt werde, so müsse
das auch für § 333 gelten³⁵). Diese Folgerung ist aber nicht angebracht. Sie
übersieht, daß die beiden Vorschriften von verschiedenen Voraussetzungen
ausgehen, nämlich insoweit, als § 345 einen Termin betrifft, der (unmittelbar!)
nach Einspruch anberaumt ist. Wenn er daher von „Verhandeln zur Haupt-
sache“ spricht, so soll dies nur besagen, daß eine Verhandlung zum Ein-
spruch — vielleicht gar über seine bloße Zulässigkeit — zum Ausschluß
des weiteren Versäumnisurteils nicht genügt. Die Verhandlung zum Ein-
spruch, nicht etwa zu prozessualen Vor- und Nebenfragen, soll hier der Ver-
handlung zur Hauptsache gegenübergestellt werden³⁶). Dies ergibt sich aus
§ 340 a, der besagt, daß der nach Einspruch anzusetzende Termin zur Ver-
handlung über den Einspruch und die Hauptsache bestimmt ist, § 345 kommt
hierauf zurück und läßt, wie gesagt, die Verhandlung lediglich zum Ein-
spruch zum Ausschluß eines weiteren Versäumnisurteils nicht genügen. Es
läßt sich also nicht eine Analogie zwischen §§ 345 und 333 insoweit rechtferti-
gen, als man auch im § 333 „... zur Hauptsache verhandelt“ zu lesen hätte;
im Gegenteil, die verschiedenen Formulierungen in den beiden benachbarten
Bestimmungen lassen sogar den Schluß zu, daß der Gesetzgeber in Anbetracht
der verschiedenen Voraussetzungen die Unterscheidung bewußt getroffen,
also den Zusatz „zur Haupt“-(Sache) im § 333 bewußt fortgelassen hat.

Daß das Stellen eines Beweisantrages immer ein Verhandeln im Sinne
des § 333 bildet, auch wenn ein eigentliches Entscheidungsbegehren weiter
nicht zum Ausdruck kommt, wird allgemein bejaht³⁷). Dem ist auch zuzustim-
men; die Begründung hierzu ist bei der Auffassung, die ein Verhandeln nur
zur Hauptsache gelten lassen will, nicht überzeugend³⁸); denn die Beweisauf-
nahme, wie sie durch den Beweisantrag angestrebt wird, ist ein rein prozes-

³⁵) So James Goldschmidt („Der Prozeß als Rechtslage“ 1925 A 588): Das Fehlen der
Worte „zur Haupt“-Sache im § 333 werde durch § 345 mehr als wettgemacht.

³⁶) So auch Stein-Jonas-Schönke Anm. I/1 zu § 345: „Gegensatz zur Hauptsache bildet
hier der Einspruch und seine Zulässigkeit“; ferner Rosenberg (aaO. S. 499): „Ver-
handlung zur Hauptsache bedeutet hier den Gegensatz zur Verhandlung über
den Einspruch und seine Zulässigkeit“; Sydow-Busch fügt dem richtig sogar noch
hinzu: „Auch die Geltendmachung prozessualer Einreden ist hier schon Verhan-
deln zur Hauptsache“ (Nr. 2 zu § 345).

³⁷) Mit RGZ 31/423.

³⁸) wie sie etwa das Reichsgericht (aaO.) bringt, daß ein Beweisantrag nicht begrün-

sualer Vorgang, der der für das Gericht verwertbaren Wahrheitsermittlung dient. Bei der hier vertretenen Auffassung vom Verhandlungsbegriff fällt sie sehr leicht: Ein Beweisantrag ermöglicht dem Gericht eine Entscheidung (Beweisbeschluß) und schließt also eine Säumnis infolge Nichtverhandelns aus.

Zusammenfassend ist somit § 333 dahin zu beurteilen, daß der Grundgedanke dieser Vorschrift, eine Säumnisentscheidung wegen allzu passiven Verhaltens einer Partei trotz körperlicher Anwesenheit zu ermöglichen, wohl einleuchtet, daß aber der Gesetzgeber durch die bloße Verwendung des Wortes „Verhandeln“ eine zu oberflächliche und daher der Lehre und Rechtsprechung manche Rätsel aufgebende Regelung getroffen hat. Man darf sich auch die Lösung nicht zu leicht machen, wie es das Reichsgericht getan hat, indem man grundsätzlich und von vornherein auf den konkreten Einzelfall abstellt und es der Beurteilung des Richters überläßt, wann das Verhalten einer Partei als Verhandeln im Sinne des § 333 betrachtet werden kann und wann es hierzu nicht ausreicht und damit ihre Säumnis begründet. Man wird vielmehr schon nach einigen Regeln suchen müssen, die der Praxis diese Beurteilung erleichtern, und diese lassen sich auch bei näherer Betrachtung des Grundgedankens dieser Vorschrift und bei Berücksichtigung der Prozeßgrundsätze unserer ZPO aufstellen. Das Parteiverhalten in seinen vielgestaltigen Möglichkeiten wird sich freilich nicht immer von den Regeln, die aufzustellen hier versucht wurde, erfassen lassen. In diesen Fällen, aber erst in diesen Fällen, wird es dann doch nötig sein, das Ermessen des Gerichts zu beanspruchen.

b) Der Zeitpunkt des Nichterscheins bzw. Nichtverhandelns: Zwei Möglichkeiten für den Zeitpunkt³⁹⁾ innerhalb eines Termins, zu dem das Nichterscheinen oder Nichtverhandeln einer Partei ihre Säumnis begründen könnte, sind denkbar^{39a)}: der Anfang und der Schluß der mündlichen Verhandlung. Dies bedeutet: Im ersteren Fall ist dem Antrag auf Erlaß einer

det werden könne, ohne daß „auf die zwischen den Parteien schwebenden Streitfragen eingegangen oder dieselben als bekannt aus den früheren Terminen unterstellt“ werde. Diese Argumentation könnte auch für den Sachantrag selbst herangezogen werden, und dieser genügt aber nach der eigenen Auffassung des Reichsgerichts (RGZ 10/389) nicht für § 333.

³⁹⁾ Es leuchtet nicht ein, inwiefern Münzberg (aaO. S. 32) einen Zeitraum für die Säumnis als maßgeblich erachten und dies aus § 342 herauslesen möchte. Weder stellt diese Vorschrift, wie es Münzberg behauptet, auf einen „Termin“ ab, noch kann sie, wenn sie lediglich vom „Eintritt der Versäumnis“ spricht, überhaupt für eine zeitliche Festlegung der Säumnis herangezogen werden. § 220 II hingegen, der hierfür allein in Betracht kommt (s. dazu die folgenden und die Ausführungen unter III A 3), spricht vom Schluß des Termins, also von einem Zeitpunkt.

^{39a)} Eine dritte Möglichkeit, die Antragstellung der erschienenen Partei auf Erlaß des Versäumnisurteils, wie sie Münzberg (aaO. S. 31/32) berücksichtigt, darf auch bei den hier und von Münzberg aaO. angestellten grundsätzlichen Überlegungen nicht in Betracht kommen; denn zunächst gibt für sie das Gesetz keinen Raum, ferner liegt das Wann und sogar das Ob der Antragstellung in der Hand der erschienenen Partei, und schließlich ist der Antrag neben der Säumnis eine weitere Voraussetzung für die Säumnisentscheidung (s. dazu unter II A 1.). Die Tatsache, daß dieser Zeitpunkt von einigen Autoren aus Zweckmäßigkeitsgründen befürwortet wird (s. dazu die näheren Ausführungen unter III A 3.), darf daran nichts ändern.

Säumnisentscheidung (nach Bejahung der weiteren Voraussetzungen) stattzugeben, wenn die Partei bei Aufruf der Sache (§ 220 I) nicht erscheint oder nicht verhandelt, und im letzteren Fall, wenn sie dies noch nicht getan und der Vorsitzende die mündliche Verhandlung geschlossen (§ 136 IV) hat. Die ZPO hat sich, nachdem ihre landesrechtlichen Vorgängerinnen z. T. gegenteilig bestimmten⁴⁰⁾, für die zweite Möglichkeit entschieden. Die Motive⁴¹⁾ führen hierzu als Begründung an, das strengere Prinzip, nach welchem die Säumnis bereits mit dem Beginne des Termins eintritt, sei weder mit den sonstigen Grundsätzen über die totale Versäumung noch an sich zu billigen, weil dasselbe Härten herbeizuführen geeignet sei und andererseits das ergehende Versäumnisurteil regelmäßig mittels Einspruchs wieder beseitigt werden könne, so daß unnötige Aufwendungen von Zeit und Kosten veranlaßt werden würden; sie räumen aber gleichzeitig ein (aaO.), daß die Zulassung der Partei, welche beim Aufruf der Sache fehlt und erst im Laufe des Termins auftritt, Störungen des Geschäftsbetriebs und resultatlose Verhandlungen herbeiführen könne. Überzeugend klingt diese Begründung nicht; denn so wie der Richter mit der Schließung der mündlichen Verhandlung warten kann, um einer noch nicht erschienenen Partei eine Säumnisentscheidung, die für sie eine Härte bedeuten würde, zu ersparen, so kann er auch mit dem Aufruf der Sache warten. Auch kann er dies tun, um die wegen des zu erwartenden Einspruchs nach Meinung der Motive unnötigen Aufwendungen an Zeit und Kosten zu vermeiden. Schließlich ist es nicht ersichtlich, welche „sonstigen Grundsätze über die totale Versäumung“ mit der Festlegung der Säumnis auf den Beginn der mündlichen Verhandlung im Widerspruch stehen könnten. § 231 II, an den die Motive denken, betrifft ja nicht die Terminversäumnis, sondern die Versäumung von Prozeßhandlungen, also die „Teilversäumung“, um mit den Worten der Motive zu sprechen, und nicht die „totale“.

Auf ein dogmatisches Bedenken gegen die getroffene Regelung weist Wach⁴²⁾ hin. Nachdem er herausgestellt hat, daß das Säumnisverfahren „in starrer Konsequenz nach dem Prinzip der Mündlichkeit konstruiert ist und auf dem Bestreben beruht, den Gedanken der Einheit und Unteilbarkeit der mündlichen Verhandlung zu verwirklichen“, gelangt er zur Erkenntnis, daß der im § 198 II (jetzt 220 II) festgelegte Säumniszeitpunkt mit diesem Dogma, wie er es nennt, nicht vereinbar sei. Wach geht hierbei von der sich aus § 220 II logisch ergebenden Folgerung aus, daß gegen eine Partei, die (im Sinne des § 333) ausreichend verhandelt hat und sich daraufhin, ohne den Schluß der mündlichen Verhandlung abzuwarten, entfernt, kein Versäumnisurteil mehr ergehen kann, und meint dazu: „Allerdings widerstreitet diese Ansicht dem Dogma der Einheit und Unteilbarkeit der mündlichen Verhandlung und dem zweifellosen Satz, daß der Beklagte, welcher auf die Klage verhandelt hat, dennoch säumig sei, wenn er im neuen Termine nicht erscheint, in welchem der Kläger die Repliken bringt. Aber der Vorwurf der Inkonsequenz trifft nicht uns, sondern das Gesetz, welches jenes Dogma widerspruchsvoll gegenüber seinen sonstigen Bestimmungen aufgenommen hat.“

⁴⁰⁾ Z. B. § 31 der 1. preuß. VO v. 1. 6. 1833; § 187 der Prozeßordnung von Hannover und Art. 94 § 4 der Prozeßordnung von Oldenburg.

⁴¹⁾ Zu § 190 des Entwurfes (Hahn aaO. S. 237).

⁴²⁾ „Vorträge“ 2. Aufl. 1896 S. 156.

In der Tat wird durch § 220 der einzelne Termin so stark in den Vordergrund gestellt, daß man beinahe von einer Aufstückelung der — doch gewollt einheitlichen — mündlichen Verhandlung in selbständige und abgeschlossene Einzeltermine sprechen muß. Die dogmatischen Bedenken Wachs sind daher durchaus berechtigt.

Eine weitere, für die Praxis sehr bedeutsame Schwierigkeit löst § 220 II in Verbindung mit § 342 ZPO aus. Nach dieser Bestimmung wird der Prozeß durch den zulässigen Einspruch in die Lage zurückversetzt, „in der er sich vor Eintritt der Versäumnis befand“. Über diesen Zeitpunkt kann nur § 220 II Aufschluß geben. Die herrschende Meinung scheut aber davor zurück, dieser Vorschrift Folge zu leisten und den für § 342 ZPO maßgeblichen Zeitpunkt an den Schluß des Termins zu legen, da sich hieraus für die Praxis bedeutsame Konsequenzen ergeben müßten. Auf den insoweit entstandenen und noch bestehenden Meinungsstreit soll erst weiter unten bei der Behandlung der Einspruchswirkung eingegangen werden⁴³⁾. In dem hier interessierenden Zusammenhang ist es lediglich aufschlußreich festzustellen, daß die herrschende Meinung, um die von ihr gefürchteten Konsequenzen zu vermeiden, zu einer wohl etwas gekünstelten Konstruktion greifen und sagen mußte, § 220 II gebe der Partei, die anfänglich nicht erschienen ist, nur die Möglichkeit, bis zum Schluß des Termins zu verhandeln und damit den Erlaß eines Versäumnisurteils abzuwenden. Säumnig sei sie, wenn sie von dieser Möglichkeit keinen Gebrauch mache, aber bereits mit ihrem Nichterscheinen⁴⁴⁾. Der Zeitpunkt des Nichterscheins oder Nichtverhandelns im Säumnisverfahren, um nochmals zusammenzufassen, ist also vom Gesetz durch § 220 II in einer Weise geregelt, die zunächst in ihrer Begründung nicht überzeugt, sondern auf dogmatische Bedenken stößt und schließlich im Hinblick auf § 342 zu Schwierigkeiten in ihren praktischen Konsequenzen führt, so daß, um wenigstens den letzten Mangel zu beseitigen, sich ein Großteil der Rechtsprechung und Wissenschaft zu einer außerhalb des Gesetzes, wenn nicht contra legem liegenden Konstruktion⁴⁵⁾ entschlossen hat, indem er einen Unterschied zwischen dem Zeitpunkt des Nichterscheins oder Nichtverhandelns und dem Zeitpunkt der Säumnis macht. Es zeigt sich also, daß der Gesetzgeber auch in diesem Punkte nicht den richtigen Weg beschritten hat.

c) Der die Säumnis begründende Termin: §§ 330, 331 sprechen von einem „Termin zur mündlichen Verhandlung“. Ein Verkündungstermin, wie ihn § 310, und ein Sühnetermin, wie ihn § 296 ZPO vorsehen, kann also nicht zu einem Säumnisverfahren führen. Einhelligkeit besteht auch darüber, daß es sich nicht um einen Termin vor einem ersuchten oder beauftragten Richter handeln darf (denn diese sollen ja nur den Entscheidungstoff bearbeiten, nicht aber über ihn entscheiden).

⁴³⁾ S. dazu III/3.

⁴⁴⁾ So die Argumentation des Bundesgerichtshofes in BGHZ 4/340, die auch Göppinger („Klagerücknahme nach klageabweisendem Versäumnisurteil“, ZZP 66/284 ff) als die der h. M. entsprechende bezeichnet.

⁴⁵⁾ Ähnlich wertet auch Münzberg die Auffassung der herrschenden Meinung, wenn er (aaO. S. 42) sagt: „Sie verwendet damit einen Begriff der Säumnis, der weder aus dem Wortlaut der §§ 330 f. noch aus § 220 Abs. 2 oder § 231 ZPO abgeleitet werden kann.“

Beachtenswert ist es schließlich, daß eine obligatorische mündliche Verhandlung vorliegen muß. Das Gesetz stellt in zahlreichen Fällen, etwa bei der Entscheidung

- über die Zuständigkeit (§ 37),
- über eine Richterablehnung (§ 46 I),
- über Kostentragung bei grobschuldhafter Amtspflichtverletzung (§ 102 II),
- über Erinnerung gegen Kostenfestsetzungsbeschlüsse (§ 104),
- über die Rückgewähr einer Sicherheitsleistung (§ 109 II),
- über die Wirkung einer Klage- oder Berufungsrücknahme (§§ 271 II, 515 III),
- über eine Beschwerde (§ 573 I),
- über Vollstreckungshandlungen und Mitwirkung bei solchen (§ 764 III),

— um einige Beispiele zu nennen — dem Gericht die Anordnung einer mündlichen Verhandlung frei, läßt aber die Entscheidung ausdrücklich auch ohne diese zu. In diesen Fällen der sog. fakultativen mündlichen Verhandlung kann das Nichterscheinen oder Nichtverhandeln einer Partei nicht ihre Säumnis begründen. Der Grund hierfür ist leicht einzusehen: Wenn schon eine — vielleicht für die nichterscheinende oder nichtverhandelnde Partei günstige — Entscheidung ergehen kann, ohne daß der Entscheidungsstoff Gegenstand einer mündlichen Verhandlung war, dann soll die Entscheidung auch nicht anders ausfallen — wie es bei einer Säumnisentscheidung unter Umständen der Fall sein müßte —, wenn die mündliche Verhandlung am Verhalten einer Partei scheitert. Nur der Gedanke, daß die Säumnisentscheidung eine Strafe für eine im Nichterscheinen zu erblickende Auflehnung gegen das Gericht darstelle, wie er dem römisch — und sodann gemeinrechtlichen sog. Kontumazialverfahren⁴⁶⁾ zugrunde lag, könnte ein Säumnisverfahren auch bei fakultativer mündlicher Verhandlung rechtfertigen. Er ist aber unserer, vom liberalistischen Geist getragenen und von der Dispositionsmaxime beherrschten ZPO fremd. Der Sinn und Zweck ihres Säumnisverfahrens, wie er oben⁴⁷⁾ bereits herausgestellt wurde, nämlich der erschienenen und an einer ihr günstigen Entscheidung mit Recht interessierten Partei zum Ziele zu verhelfen und eine Zuendeführung des Verfahrens im öffentlichen Interesse nicht von Parteiwillkür abhängig zu machen, ist aber dort verfehlt, wo eine Entscheidung und Beendigung möglich ist, ohne daß die Parteien hierzu durch mündlichen Vortrag beitragen.

Freilich läßt sich auch diese Regel, daß ein im Rahmen fakultativer mündlicher Verhandlung anberaumter Termin keine Säumnis begründen kann, nicht ohne Ausnahmen aufstellen. Sie sind in diesem Fall sogar sehr bedeutend: In einigen weiteren Fällen fakultativer mündlicher Verhandlung knüpft das Gesetz an die einmal getroffene Anordnung einer mündlichen Verhandlung die Folge, daß nunmehr nicht durch Beschluß, sondern durch Urteil zu entscheiden sei. Es handelt sich hauptsächlich um die Fälle des Arrestes und der einstweiligen Verfügung (§§ 922, 936) und der Vollstreckbarerklärung von

⁴⁶⁾ contumacia = Auflehnung, Widerspenstigkeit.

⁴⁷⁾ Unter 3 a).

Schiedssprüchen und Schiedsvergleichen (§§ 1042 a, 1044 a)⁴⁸⁾. Der Gesetzgeber hat diesen Fällen eine Sonderstellung eingeräumt, weil er sie für so wichtig hielt, daß die mündliche Verhandlung nicht mehr, wie bei den übrigen Fällen der fakultativen mündlichen Verhandlung, rein informatorischen Zwecken⁴⁹⁾ dienen, sondern als eine normale, zivilprozessuale mündliche Verhandlung im Sinne des § 128⁵⁰⁾ wirken und, wenn sich das Gericht schon einmal zu ihr entschließen mußte, die von ihm zu fällende Entscheidung den Parteien die normalen zivilprozessualen Anfechtungsmöglichkeiten eröffnen soll. Daraus ist zu folgern, daß die mündliche Verhandlung, wenn sie in solchen Fällen angeordnet ist, von den gleichen Grundsätzen beherrscht wird, wie in einem regulären Rechtsstreit, daß also Anerkenntnisse, Geständnisse, Verzichte mit den sonst üblichen Folgen (§§ 290, 306, 307) möglich sind und insbesondere auch die Säumnis. Bereits in einem Beschluß aus dem Jahre 1898 hat das Reichsgericht dies herausgestellt und gesagt, daß, wenn das zuständige Gericht mündliche Verhandlung anordne, für das weitere Verfahren die Grundsätze des Zivilprozesses, insbesondere die Vorschriften über das Versäumnisverfahren Anwendung fänden. Das ergebe sich aus der Bestimmung des § 802 (jetzt § 922), nach welcher in einem solchen Falle die Entscheidung durch Endurteil ergehen soll⁵¹⁾.

Wenn die §§ 330, 331 von „Termin zur mündlichen Verhandlung“ sprechen, dann ist dies — wie sich somit ergeben hat — eine sehr oberflächliche Bezeichnung des Säumnistermins, und es zeigt sich, daß es auch hier einer sorgfältigen Auslegung bedarf.

Daß es sich zur Säumnisbegründung nicht um einen bestimmten, sondern eben nur um „einen“ Termin zur mündlichen Verhandlung zu handeln braucht, wird durch § 332 nochmals hervorgehoben. Diese nochmalige Betonung dient der Klarheit dadurch, daß sie es ganz deutlich ausspricht, was dem deutschen Säumnisverfahren eigentümlich ist und was ein logisch denkender Praxisjurist schon *expressis verbis* lesen muß, um es, wenn schon nicht verstehen, so doch sich einprägen zu können. Diese Vorschrift wird in der Wissenschaft seit Jahrzehnten im steigenden Maße angefeindet. Und dies mit Recht; denn überlegt man sich die Konsequenzen dieser Bestimmung, so kommt man zu dem Ergebnis, daß sie untragbar sind. Die durch § 332 eröffnete Möglichkeit eines Versäumnisurteils nach langem und vielleicht schon vor dem Abschluß stehenden Prozeßverlauf bildet eine Unterbewertung der richterlichen Tätigkeit und eine Überbetonung der Parteimaxime. Alle bisherige Überlegung des Gerichts und alle noch so sorgfältige Prüfung und Beurteilung des Parteivorbringens wird illusorisch, wenn Säumnis eintritt und ein Antrag nach §§ 330, 331 gestellt wird. Man stelle sich nur den Fall vor, daß sich in einem Beweistermin nach eingehender Befragung

⁴⁸⁾ Stein-Jonas-Schönke erwähnt noch die Vollstreckbarerklärung schweizerischer und italienischer Urteile (Anm. V/2 zu § 128).

⁴⁹⁾ Diesen Zweck stellt auch Stein-Jonas-Schönke in den Vordergrund (Anm. III zu § 922).

⁵⁰⁾ Rosenberg: Die mündliche Verhandlung „findet wie eine obligatorische statt“ aaO. S. 1044).

⁵¹⁾ RGZ 40/425 f.

von Zeugen oder Sachverständigen oder nach umständlicher Vornahme eines Augenscheins die — an sich schlüssigen — Behauptungen des Klägers als unwahr erwiesen haben und demnach die Klage sofort abweisungsreif geworden wäre, daß aber der Kläger wegen der Säumnis des Beklagten in der im Anschluß an die Beweisaufnahme stattzufindenden mündlichen Verhandlung (§ 370 I)⁵²⁾ Antrag auf Versäumnisurteil stellt. Das Gericht hat dann wegen der Geständnisfiktion des § 331, falls §§ 335, 337 sich nicht bejahen lassen, keine andere Möglichkeit, als ein der Klage stattgebendes Versäumnisurteil zu erlassen, das somit eine Entscheidung enthält, die mit seiner Überzeugung und der einwandfrei feststehenden Sach- und Rechtslage vollkommen im Widerspruch steht⁵³⁾.

Keine dogmatische Richtschnur und kein Verfahrensgrundsatz könnte eine solche Konsequenz rechtfertigen. Aber selbst von dieser Seite läßt sich keine Erklärung für § 332 finden. Als Beweggrund für diese Vorschrift wäre nur an den Grundsatz der Einheitlichkeit der mündlichen Verhandlung zu denken. Dieser Grundsatz gilt nach § 278 I für „Angriffs- und Verteidigungsmittel“, als welche Einreden, Widerklagen⁵⁴⁾ und Repliken aufgezählt werden und die in jeder Lage des Verfahrens vorgebracht werden können, also Maßnahmen, die eine Partei im Zuge streitiger Verhandlung ergreifen kann (bereits die Heranziehung der Begriffe „Angriff“ und „Verteidigung“ bekundet dies). Der Antrag auf Säumnisentscheidung aber gehört nicht zu ihnen⁵⁵⁾, er erstrebt ja gerade eine Entscheidung im unstreitigen Verfahren, also ohne Mitwirkung eines Gegners, den die antragstellende Partei angreifen oder gegen den sie sich verteidigen müßte. Mit dem Grundsatz der Einheit der mündlichen Verhandlung hat also § 332 nichts zu tun.

Rosenberg unterscheidet daneben noch den Grundsatz der Gleichheit der mündlichen Verhandlung⁵⁶⁾, den er darin erblickt, daß eine mündliche Verhandlung soviel gilt wie die andere und der Prozeßstoff im neuen Termin keiner Wiederholung bedarf, um der angestrebten Entscheidung weiterhin zugrunde zu liegen, selbst wenn, wegen Richterwechsels (§ 309) oder, weil das Gericht es wünsche, die mündliche Verhandlung neu begonnen werde, würden die „bindenden Prozeßsituationen“, die durch Versäumung eines Vorbrin-

⁵²⁾ So legen jedenfalls das Reichsgericht (RGZ 1/238) und die herrschende Meinung die Vorschrift aus. Marwitz-Lorenz (aaO. S. 94/85) folgern aus dem Wort „zugleich“ die Möglichkeit, auch vor Durchführung der Beweisaufnahme zu verhandeln und ein Versäumnisurteil zu erlassen. Diese Auffassung vermag nicht zu überzeugen, da nach ihr die säumige Partei durch ihr Fernbleiben den Inhalt des Termins bestimmen und das Verfahren mit dem Einspruch, der dann die Beweisaufnahme doch notwendig macht, hinauszögern kann.

⁵³⁾ Auf diesen durchaus denkbaren Fall weist auch Stoll („Reformfragen des Versäumnisverfahrens“ DJZ 1934 S. 302 f) hin und führt im Zusammenhang damit aus, es sei unbillig und widerspreche insbesondere dem Ziele einer „wahrheitsgemäßen“ Urteilsfindung, wenn das Gericht eine Verurteilung aussprechen müsse, obwohl es nach dem schon vorliegenden Ergebnis früherer Verhandlung vom Gegenteil überzeugt ist oder gar das Gegenteil feststeht.

⁵⁴⁾ Dies nach allgemeiner Meinung sogar mit Unrecht, da Widerklage kein Angriffsmittel, sondern Angriff selbst ist.

⁵⁵⁾ Das Reichsgericht (RGZ 159/360) bezeichnet den Antrag auf Säumnisentscheidung (dort handelte es sich um Entscheidung nach Lage der Akten) als Prozeßbitte und stellt ihm den Sachantrag gegenüber.

⁵⁶⁾ aaO. S. 300.

gens, der Geltendmachung einer prozeßhindernden Einrede oder durch Anerkenntnis, Geständnis oder Verzicht entstanden seien, ferner Beweisaufnahmen und andere richterliche Handlungen fortwirken. Nur im übrigen könne die neue mündliche Verhandlung abweichenden Prozeßstoff bringen, und insofern sei die letzte mündliche Verhandlung die entscheidende und urteilsgestaltende, in der das gesamte frühere Parteivorbringen unerheblich werden könne. Aus einer solchen Erwägung heraus, so fährt Rosenberg fort, sei beim Ausbleiben einer Partei in einem späteren Termin Versäumnisurteil gegen sie ohne Rücksicht auf die Ergebnisse einer früheren mündlichen Verhandlung oder einer Beweisaufnahme für zulässig erklärt worden. Diese Folgerung erklärt nicht, warum § 332 den Grundsatz der Gleichheit der mündlichen Verhandlung — noch dazu im weitestgehenden Maße — durchbrechen darf, bringt also ebenfalls keine Rechtfertigung für diese Vorschrift. In der Tat läßt sich keine überzeugende Rechtfertigung für ein Säumnisverfahren auf Grund eines Termins, auf den die mündliche Verhandlung vertagt oder der zu ihrer Fortsetzung bestimmt ist, finden, und man muß Stoll⁵⁷⁾ recht geben, wenn er es als „seltsam“ bezeichnet, „daß sowohl § 332 als auch § 345⁵⁸⁾, die z. T. recht umgestaltenden Nachtragsgesetze der ZPO überdauert haben“. Auch der in manchen Punkten sehr fortschrittliche justizministerielle Entwurf einer neuen Reichs-ZPO aus dem Jahre 1931 erhält die Regelung des § 332 aufrecht. In der den 2. Teil des Entwurfes bildenden ausführlichen Begründung wird es als Vorteil dieser Regelung betrachtet, daß die erschiene Partei auch im späteren Termin die Möglichkeit der Wahl zwischen Versäumnisurteil und Aktenlageentscheidung hat, weil das Nichterscheinen der säumigen Partei darauf beruhen kann, daß sie den Prozeß verloren gibt und dann der — so wird behauptet — Antrag auf Versäumnisurteil gerechtfertigt sei, während die Partei, gegen die ein Versäumnisurteil ergeht, obwohl sie den Prozeß gewinnen müßte, diesen Nachteil wegen ihrer mangelnden Sorgfalt in Kauf nehmen müsse. Diese Argumentation fällt aus dem Rahmen der übrigen aaO. gepflogenen Erwägungen und kann nicht anders als leichtfertig bezeichnet werden. Wie kommt man dazu, eine Rechtfertigung für ein Versäumnisurteil darin zu erblicken, daß eine Partei den Prozeß aufgibt? Und darf man im Wegbleiben einer Partei überhaupt ein solches Aufgeben erblicken? Das Gesetz hat hierfür mit Klagerücknahme (für den Kläger) und Anerkenntnis (für den Beklagten) eigene, ganz bestimmte Möglichkeiten geschaffen und fordert in beiden Fällen ausdrückliche Erklärung der Partei (§§ 271 II, 307). Man darf nicht dem Versäumnisurteil Funktionen zusprechen, die dem Anerkenntnisurteil oder einem den Prozeß beilegenden Vergleich vorbehalten sind. — Die Auffassung schließlich, eine erfolgreiche Partei müsse im Falle der Säumnis das Versäumnisurteil als wegen ihrer mangelnden Sorgfalt verdienten Nachteil in Kauf nehmen, ist ebenfalls abwegig. Sie verfällt zurück in die Denkweise des gemeinrechtlichen Kontumazialverfahrens, die die Säumnisfolge als Sühne für die contumacia, also die Auflehnung gegen eine behördliche (Termins-)Anordnung betrachtete, eine Denkweise, die mit

⁵⁷⁾ aaO. S. 303; ähnlich auch Lent (*„Zivilprozeßrecht“* 5. Aufl. S. 174): „Vor allem ist ein Versäumnisurteil in einem späteren Termin, das unter Beiseiteschiebung der vorherigen Verhandlungen und Beweisaufnahmen erlassen werden muß, ein Unding.“

⁵⁸⁾ Hierzu unter III.

unseren heutigen Verfahrensgrundsätzen und insbesondere mit dem bereits mehrfach aufgezeigten Sinn und Zweck unseres heutigen Säumnisverfahrens nicht vereinbar ist.

Kein Argument läßt sich also finden und aufrechterhalten, das die Einführung und erst recht die Beibehaltung einer Regelung, wie sie § 332 trifft, rechtfertigen könnte. Es ist vielmehr wirklich an der Zeit, daß das deutsche Zivilprozeßrecht in diesem Punkte seine Originalität aufgibt. — Um so begreiflicher erscheint diese Forderung, wenn man sich erinnert, daß die Väter unserer ZPO bei der Schaffung der §§ 332, 338 einem Irrtum zum Opfer gefallen sind⁵⁹⁾, indem sie sich allzu bereitwillig an das französische Vorbild gehalten haben. Das französische Zivilprozeßrecht kennt nämlich — wie auch das englische, italienische und österreichische — ein Versäumnisurteil, gegen das es die Opposition, der unser Einspruch entspricht, zuläßt, nur im ersten, zur Anhörung des Beklagten bestimmten Termin, nicht mehr aber, wenn der Rechtsstreit bereits kontradiktorisch geworden ist. Man glaubte, einem bewährten Vorbild zu folgen und schuf ein einmaliges Experiment. Nur der Beharrlichkeit, die unserem deutschen Rechtsleben eigen ist und die bestimmt auch ihr Gutes hat, ist es wohl zuzuschreiben, daß man es nach Erkenntnis des Irrtums jahrzehntelang bei der nun einmal getroffenen Regelung belassen hat. Eine gewisse Abhilfe brachte lediglich die Novelle von 1924 mit Einführung des § 331 a. Diese Bestimmung ermöglicht es der erschienenen Partei, statt eines Versäumnisurteils auch eine Entscheidung nach Aktenlage zu beantragen. Bis dahin brachte die Regelung des § 332 auch die weitere, untragbare Konsequenz mit sich, daß die Partei, die nach dem Prozeßverlauf eine für sich ungünstige Entscheidung erwarten mußte, diese durch abwechselnde Säumnis und Neuverhandlung nach Einspruch beliebig hinauszögern konnte, eine Praktik, die sich zu einem regelrechten Ubelstand entwickelt hatte. — Freilich hat man damals die Notwendigkeit einer weitgehenderen und tiefgreifenderen Änderung der Säumnisbestimmungen nicht verkannt, und es wurde im damaligen Rechtsausschuß des Reichstages bereits ernstlich die gänzliche Abschaffung des Einspruchs und statt dessen die Einführung der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand — etwa in Anlehnung an die österreichische Regelung — erwogen⁶⁰⁾, was einer Beseitigung der durch §§ 332, 342⁶¹⁾ hervorgerufenen Mißstände gleichgekommen wäre, doch scheiterte dieser heilsame Eingriff teils an rechtlichen Bedenken, teils an der beharrlich vertretenen „konservativen“ Gegenmeinung, die einen Kompromiß notwendig machte. Man ist damit auf halbem Wege stehengeblieben.

Auch der für die Säumnis maßgebliche Termin — um nochmals zusammenzufassen — ist somit in unserer Prozeßordnung denkbar unglücklich festgelegt. Zunächst genügt es nicht, in den §§ 330, 331 lediglich von „Termin zur mündlichen Verhandlung“ zu sprechen und sodann und vor allem darf dies nicht — wie es § 332 ausdrücklich bestimmt — jeder beliebige solche Termin

⁵⁹⁾ Auch Rosenberg (ZZP Bd. 57 S. 290) weist darauf hin.

⁶⁰⁾ Hierüber berichtet Volkmar („Das deutsche und österreichische Versäumnisverfahren“ JW 1928 S. 2676).

⁶¹⁾ Auf die Konsequenzen der durch § 342 getroffenen Regelung wird weiter unten (s. u. III A 3) noch eingegangen.

sein. Die aufgezeigten, sich aus dieser Regelung ergebenden Konsequenzen sind so untragbar, daß kein dogmatisches Argument überzeugend genug wäre, um sie vertretbar zu machen.

Die dringend gebotene Abhilfe läßt sich auf verschiedenen Wegen verwirklichen: Es mag richtig sein, daß die Ablösung des voraussetzungslosen Einspruchs durch die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wegen der bei uns bodenständigen unbeschränkten Berufung⁶²⁾ nicht zweckmäßig erscheint, doch läßt sich daran denken, bei Beibehaltung des Einspruchs einen Zeitpunkt festzulegen, von dem an ein Versäumnisurteil nicht mehr für zulässig erklärt wird und die einzig mögliche Säumnisentscheidung nur die Entscheidung nach Aktenlage bildet. Für einen solchen Zeitpunkt bieten sich drei Möglichkeiten an:

- aa) bereits stattgefundenes streitiges Verhandeln,
- bb) bereits angeordnete Beweisaufnahme,
- cc) bereits durchgeführte Beweisaufnahme.

Im Falle zu aa) könnte — wie es die meisten Prozeßordnungen vorsehen — nur der erste Verhandlungstermin zu einem Versäumnisurteil führen. Im zweiten Fall hat sich das Gericht über die vorgetragenen, widersprechenden Parteibehauptungen, über ihre Schlüssigkeit und Beachtlichkeit bereits Gedanken gemacht; im letzteren Fall haben sich sogar die Tatsachen schon herausgestellt, die ihnen und der zu fällenden Entscheidung zugrunde liegen. Hier kommen dann die Bedenken zur Geltung, die der Beibehaltung des § 332 am entschiedensten entgegenstehen, nämlich die Zulässigkeit eines im Widerspruch gegen die bereits feststehende Sach- und Rechtslage stehenden Versäumnisurteils. Es erscheint ausreichend, wenn wenigstens diese Bedenken beseitigt werden — und es mag genügen, erst nach Durchführung der Beweisaufnahme ein Versäumnisurteil für unzulässig zu erklären.

⁶²⁾ Die Berufung ist im deutschen Recht unbeschränkt, d. h. die Berufungsinstanz wird durch das in § 529 weitgehend zugelassene „beneficium novorum“ zur zweiten Tatsacheninstanz. Wäre im Säumnisfall lediglich die nur selten durchgreifende Wiedereinsetzung zulässig, so könnte und würde der Säumige seine Behauptung mittels Berufung vorbringen, was nichts anderes als eine Verlagerung der ersten in die zweite Instanz bedeuten würde. Die Bedenken hiergegen (Verlust einer Instanz, Überlastung der Berufungsgerichte) liegen auf der Hand (ähnliche Erwägungen bei Volkmar aa.O.).

II. Die Folgen der Säumnis

A) Weitere allgemeine Voraussetzungen der Säumnisfolgen

1. Zur Systematik des Gesetzes:

Wenn die unter I. herausgestellten Voraussetzungen vorliegen, also die Säumnis einer Partei bejaht werden kann, so ist damit noch nicht eine Säumnisentscheidung als übliche Säumnisfolge ausgelöst. Die Säumnis ist vielmehr erst die Voraussetzung zum Anlaufen des Säumnisverfahrens, innerhalb dessen eine Reihe von weiteren Voraussetzungen vorliegen und vom Gericht bejaht werden müssen und das den Erlaß oder die Versagung einer Säumnisentscheidung erst zum Ergebnis hat.

Das Anlaufen wird ermöglicht durch den Antrag der erschienenen Partei auf Erlaß eines Versäumnisurteils oder einer Entscheidung nach Aktenlage¹⁾. Weitere Voraussetzungen für das auf diese Weise erstrebte Ziel — positive und negative — sind dann in den §§ 335²⁾ und 337 festgelegt, und das Gericht kann erst nach deren Überprüfung seine Entscheidung über die Säumnisfolge treffen. Man muß sich diese Systematik vor Augen führen, um den Schwierigkeiten, die die Regelung des Gesetzes gerade in dem hier zur Behandlung stehenden Abschnitt mit sich bringt, begegnen zu können. So ist bereits § 335 wieder ein Beispiel für eine gewisse Willkür und Oberflächlichkeit des seinerzeitigen Gesetzgebers. Die drei Voraussetzungen, die diese Vorschrift aufzählt und die bei ihrem Vorliegen den Erlaß einer Säumnisentscheidung verbieten, sind ohne jeden Zusammenhang: Nr. 1 spricht nichts anderes als eine Selbstverständlichkeit aus³⁾, die Selbstverständlichkeit nämlich, daß die Prozeßvoraussetzungen und anderen von Amts wegen zu beachtenden Umstände auch im Säumnisverfahren gelten und das Gericht sie auch hier überprüfen muß. Es darf keine Entscheidung erlassen, wenn es Zweifel am Vorliegen der Prozeßvoraussetzungen und solcher Umstände hat und diese Zweifel von der (erschiedenen!) Partei nicht zerstreut werden können. Dies ist keine Besonderheit des Säumnisverfahrens und hätte daher keiner eigenen Erwähnung in § 335 bedurft.

Nr. 2 hingegen, die Ordnungsmäßigkeit der Ladung, ist eine sehr wichtige Voraussetzung für den Erlaß einer Säumnisentscheidung. In Erkenntnis dieser Wichtigkeit wird weithin der dogmatische Fehler begangen, § 335 Ziff. 2 als Voraussetzung der Säumnis selbst zu betrachten⁴⁾, indem gesagt wird, eine

¹⁾ Die Unabhängigkeit des Antrags auf Erlaß der Säumnisentscheidung vom Eintritt der Säumnis begründet Münzberg (aaO. S. 37) zutreffend auch mit einem Hinweis auf § 137, wonach die Anträge zu Beginn der mündlichen Verhandlung zu stellen sind, also „in einem Zeitpunkt . . . in dem die antragsbegründenden Tatsachen für den Richter noch gar nicht existieren“.

²⁾ Insoweit erkennt Münzberg allerdings die gesetzliche Systematik, wenn er (aaO. S. 45 und [dort] Fußn. 60) den Beklagten, der sich auf § 335 I Nr. 3 berufen kann und nicht verhandelt, als „nicht säumig im Sinne des § 333 ZPO“ bezeichnet.

³⁾ Dies unterstreichen auch Baumbach-Lauterbach (Anm. 2 A zu § 335) und Stein-Jonas-Schönke (Anm. I zu § 335).

⁴⁾ Z. B. Stein-Jonas-Schönke Anm. I zu § 335: „§ 335 faßt drei Fälle der Unzulässigkeit des Versäumnisverfahrens zusammen, von denen Nr. 2 eine der Vorausset-

Partei könne, wenn sie nicht ordnungsmäßig geladen sei, überhaupt nicht säumig sein. Hierbei verkennt man aber, daß — was sogar sehr häufig geschieht — der Termin u. U. durch bloße Verkündung in einem früheren Termin bekanntgemacht wird, ohne daß eine formelle Ladung der Parteien erfolgt⁵⁾. Niemand wird behaupten, daß bei einer solchen Terminsbekanntmachung die Partei nicht säumig sein kann. Der zweite Grund, der dafür spricht, die Ordnungsmäßigkeit der Ladung nicht als Voraussetzung der Säumnisentscheidung zu betrachten, ist folgender: Nach § 337 kann das Gericht von Amts wegen die Verhandlung über den Antrag auf Säumnisentscheidung vertagen, „wenn es dafür hält, daß die vom Vorsitzenden bestimmte Einlassungs- oder Ladungsfrist zu kurz bemessen oder daß die Partei durch Naturereignisse oder durch andere unabwendbare Zufälle am Erscheinen verhindert worden sei“. Dieses „kann“ im § 337 bedeutet nicht, daß das Gericht bei Bejahung der erwähnten Voraussetzungen nach freiem Ermessen eine Säumnisentscheidung erlassen oder den Termin vertagen darf. Das Reichsgericht sagt hierzu vielmehr mit Recht⁶⁾, das Gericht sei verpflichtet, die Verhandlung zu vertagen, wenn eine dieser Voraussetzungen vorliege. Ein auf diese Weise zustandegekommener Vertagungsbeschluß bedeutet dann genauso eine Versagung der Säumnisentscheidung wie bei Vorliegen einer der Gründe des § 335 und eröffnet auch die gleichen Anfechtungsmöglichkeiten⁷⁾. Wollte man § 335 I/2 als Säumnisvoraussetzung ansprechen, so müßte man dies folgerichtig auch mit § 337 (als negative Voraussetzung) tun. Dies würde aber bedeuten, daß man den Gedanken des Verschuldens in die Säumnisvoraussetzungen einbringt und sich damit in Widerspruch zu dem bereits herausgestellten⁸⁾, allgemein anerkannten Grundsatz begibt, daß die Säumnis ein objektiver, prozeßrechtlicher Begriff und von Umständen, die in der Person des Säumigen liegen, unabhängig ist. Die verbreitete Auffassung, die die Ordnungsmäßigkeit der Ladung zur Säumnisvoraussetzung erklärt, macht sich daher einer Inkonsequenz schuldig.

Freilich ist es begreiflich, warum man geneigt ist, diese wichtige Voraussetzung für den Erlass einer Säumnisentscheidung zur Voraussetzung der Säumnis schlechthin zu machen. Der Grund liegt in § 513 II ZPO, der die Berufung gegen ein Versäumnisurteil, gegen das der Einspruch nicht möglich

zungen der Säumnis bildet...“; ferner wird in den Lehrbüchern von Schönke (S. 325) und Rosenberg (S. 492, er spricht von „gehöriger Anordnung des Termins“) § 335 I/2 in die Voraussetzungen der Säumnis einbezogen. Auch Schima, der seine Meinung, Versäumnis sei bei mangelnder Ladung begrifflich ausgeschlossen, damit begründet, daß schon in dem Unterton des Wortes „Versäumnis“ eine gewisse Absicht oder wenigstens das Bewußtsein, etwas zu versäumen, liege (aaO. S. 166) vermag nicht zu überzeugen. Mit dem Sprachgefühl lassen sich derlei Probleme nicht lösen. Seine Befürchtung, es werde sonst womöglich ein Unwissender verurteilt, trifft nicht zu, da es hier ja nicht um die Abschaffung des § 335 I/2 geht, sondern nur um seine Einordnung.

⁵⁾ Mit Schönke (aaO. S. 324): „§ 335 I/2 kommt dann nicht in Frage, wenn eine Ladung überhaupt nicht erforderlich ist, z. B. wenn der Termin in einem früheren Termin, zu dem ordnungsmäßig geladen war, verkündet worden ist.“

⁶⁾ RGZ 166/248.

⁷⁾ Dazu unter 3. Rosenberg spricht von analoger Anwendung des § 336 mit Einschränkungen (aaO. S. 494).

⁸⁾ Oben unter I/3.

ist, nur zuläßt, wenn sie darauf gestützt wird, „daß der Fall der Versäumnung (lies Säumnis) nicht vorgelegen habe“. Man erkennt zu Recht die Härten dieser Vorschrift und möchte ihnen durch Erweiterung des Säumnisbegriffes begegnen. Doch führt diese Methode nur halb zum Ziele, wenn man § 337 nicht als negative Voraussetzung in den Säumnisbegriff einbezieht, wovon man freilich wegen der sich hieraus ergebenden, aufgezeigten Inkonsequenz zurückscheut (mit Ausnahme Rosenbergs, der bei einem trotz Vorliegen der Voraussetzungen des § 337 zustande gekommenen, durch Einspruch nicht mehr angreifbaren Versäumnisurteil aus Billigkeitsgründen einen „Fall der Versäumnung“ verneinen will⁹⁾).

Es ist indessen gar nicht nötig, den Begriff der Säumnis durch Hereinnahme einer ordnungsmäßigen Ladung im Hinblick auf § 513 II zu „verwässern“, wenn man diese Bestimmung in der Weise liest, wie sie — wie noch zu zeigen sein wird¹⁰⁾ — gemeint ist, nämlich, daß die Berufung dann zulässig ist, wenn sie darauf gestützt wird, daß die allgemeinen gesetzlichen Voraussetzungen für ein Versäumnisurteil nicht vorgelegen haben. — Nicht nur § 335, sondern auch § 337 werden dann bei ihrer Verletzung in die Gründe der Anfechtbarkeit nach § 513 II einbezogen. Doch soll hierauf, wie gesagt, erst weiter unten¹¹⁾ eingegangen werden.

Nur soviel soll sich bereits hier ergeben haben, daß kein Grund besteht, den Begriff der Säumnis aus prozeßtaktischen Gründen zu erweitern, und daß man mit gutem Gewissen bei der sich aus dem Gesetz ergebenden Definition der Säumnis verbleiben und in ihr das objektive Fernbleiben einer Partei von einem zur obligatorischen mündlichen Verhandlung bestimmten Termin (mit dem ihm gleichgestellten Nichtverhandeln) sehen kann, nicht mehr und nicht weniger.

Die Systematik des Gesetzes ist also nicht zu beanstanden, wenn die §§ 335 und 337 bei Vorliegen ihrer Voraussetzungen nur den Erlaß einer Säumnisentscheidung verbieten, nicht bereits die Säumnis ausschließen. Dem Gesetz bleibt lediglich der Vorwurf nicht erspart, daß es in § 335 willkürlich drei Voraussetzungen für eine Säumnisentscheidung aufzählt, von denen die erste sogar die gänzlich überflüssige Betonung eines allgemeinen Verfahrensgrundsatzes enthält.

2. Der Antrag

der erschienenen Partei auf Erlaß der Säumnisentscheidung ist als Ausfluß der Dispositionsmaxime auch im Säumnisverfahren wichtige Voraussetzung für ein richterliches Tätigwerden (§§ 330, 331 I, 331 a). Erst wenn die Partei auf diese Weise ihren Willen zu einer bestimmten Weiterführung des Prozesses bekundet hat, ist das Gericht gehalten, die Voraussetzungen für diese Weiterführung zu untersuchen, also in der Regel die Säumnis — nach den unter I herausgestellten Gesichtspunkten — zu prüfen und zu untersuchen, ob auch die weiteren, in den §§ 335 und 337 festgelegten Grundlagen einer Säumnisentscheidung gegeben sind. Zwar muß das Gericht auch tätig werden, wenn

⁹⁾ aaO. S. 494.

¹⁰⁾ S. unter III B 2 b.

¹¹⁾ Unter III B 2 b.

die erschienene Partei nichts unternimmt. Sie ist dann nämlich über § 333 ebenfalls als säumig zu betrachten, und es kommt § 251 a zum Zuge, der dem Gericht ebenfalls eine Prüfung der Säumnis auferlegt. Man könnte aus dieser Überlegung heraus, wie es Schima tut¹²⁾, befürworten, das Gericht brauche beim Ausbleiben einer Partei gar nicht erst das Verhalten der erschienenen Partei abzuwarten und könne oder müsse sofort in die Prüfung der Säumnis- und Prozeßvoraussetzungen eintreten. Doch ist diese Folgerung aus prozeßökonomischen Gesichtspunkten abzulehnen: Die Partei könnte nämlich auch eine Erklärung abgeben, die die Prüfung der Säumnisvoraussetzungen überflüssig macht, z. B. (als Kläger) die Klage zurücknehmen oder (als Beklagter) den Klageanspruch anerkennen oder schließlich unter Behauptung des Einverständnisses der Gegenpartei die Hauptsache für erledigt erklären. Da es in diesen Fällen wegen des entgegenstehenden Parteiwillens nicht zu einer Säumnisentscheidung kommen würde, hätte das Gericht unnötige Zeit und Mühe mit der Prüfung ihrer Voraussetzungen aufgewendet.

Der Grundsatz, daß ein Antrag eine bestimmte Willenskundgebung der Partei ist, also dahin geht, daß das Gericht eine inhaltlich (im Antrag selbst) umrissene Entscheidung erlasse¹³⁾, gilt auch für das Säumnisverfahren. Dies bedeutet, nachdem die Novelle von 1924 als weitere Säumnisentscheidung die Entscheidung nach Lage der Akten zugelassen und der Partei in jedem Falle ein Wahlrecht zwischen ihr und dem Versäumnisurteil eingeräumt hat, daß sich die erschienene Partei im Antrag für eine dieser beiden Möglichkeiten entscheiden muß. Sie darf also nicht lediglich einen Antrag „auf Säumnisentscheidung“ stellen, auch nicht auf „Aktenlageentscheidung, hilfweise Versäumnisurteil“ — da dies das gleiche wäre. Es erscheint auch bedenklich, den Eventualantrag auf Versäumnisurteil — wie es die herrschende Meinung tut¹⁴⁾ — wenigstens für den Fall zuzulassen, daß für die Aktenlageentscheidung Entscheidungsreife des Rechtsstreits zu verneinen wäre. Die Aktenlageentscheidung kann ja auch in einem Auflage- oder Beweisbeschuß bestehen, und das Gericht soll sie im Interesse einer zielsicheren Fortführung des Prozesses auch treffen können, ohne von der Partei Richtlinien gesetzt zu bekommen. Die Zulassung eines solchen Hilfsantrages würde aber bedeuten, daß dem Gericht der Erlaß einer Aktenlageentscheidung von der Partei nur „gestattet“ wird, wenn sie in einem Urteil besteht. Das Gesetz will aber keine nähere Einflußnahme der Partei auf den Inhalt der Entscheidung, und dies mit Recht; denn das Gericht soll die „Lage der Akten“ beurteilen, nicht die Partei.

Da die Anträge Grundlage und Richtschnur für das richterliche Handeln bilden (§ 308), knüpft das Gesetz an ihre Beachtlichkeit strenge Erfordernisse. Vor allem müssen sie in schriftlicher Form zu den Akten gegeben sein (§ 297 I/2, II). Dies gilt begreiflicherweise in erster Linie für jene Anträge, die Inhalt und Wirkung der begehrten Entscheidung ausdrücken. Solche Anträge, die — wie der Antrag auf Säumnisentscheidung — zwar erforderlich sind, aber nur die Art und den Fortgang des Verfahrens betreffen, brauchen nicht derart strengen Anforderungen zu genügen. Man unterscheidet sie als bloße

¹²⁾ aaO. S. 166.

¹³⁾ So z. B. Rosenberg aaO. 266.

¹⁴⁾ Z. B. Rosenberg aaO. S. 492, Baumbach-Lauterbach Anm. 1 A zu § 331 und bereits das Reichsgericht in DJZ 1924/828.

Prozeßanträge daher von den eigentlichen (Sach-)Anträgen. Das Reichsgericht spricht — wohl um den Gleichlaut zu vermeiden — von „Prozeßbitten“ und rechnet auch den Antrag auf Säumnisentscheidung (in seinem Fall Aktenlageentscheidung) hierzu¹⁵⁾. Dies auch mit Recht, denn durch ihn wird nur die Art der begehrten Entscheidung — im Falle der Aktenlageentscheidung auch diese nicht bestimmt — zum Ausdruck gebracht, nicht ihr erstrebter Inhalt. Dieser muß in einem daneben zu stellenden Sachantrag umrissen werden, der selbstverständlich der Vorschrift des § 297 unterliegt. Es wäre auch absurd, wollte man Schriftform des Antrags auf Säumnisentscheidung verlangen (§ 297 I); seine Aufnahme in einen vorbereitenden Schriftsatz käme ohnehin nicht in Frage, da ja der Fall der Säumnis nicht voraussehbar ist.

3. Die Voraussetzungen nach § 335 I

wurden unter 1. bereits zusammenfassend beurteilt.

a) Vom Erfordernis des Nachweises „eines von Amts wegen zu berücksichtigenden Umstandes“ (§ 335 Nr. 1) wurde hierbei gesagt, daß seine Betonung als Voraussetzung einer Säumnisentscheidung in einer eigenen Bestimmung überflüssig ist, da das Säumnisverfahren innerhalb des ordentlichen Verfahrens auch dessen Vorschriften unterliegt. Gewiß hätte es keiner eigenen Hervorhebung bedurft, daß z. B. ein nicht ordnungsgemäß besetztes oder kraft Gesetzes ausgeschlossenes oder unheilbar (§ 40) unzuständiges Gericht auch nicht im Säumnisverfahren zur Entscheidung berufen ist oder daß auch hier die allgemeinen Grundsätze etwa des rechtlichen Gehörs, der Unmittelbarkeit und Mündlichkeit gelten. Freilich tauchen auch hier wieder die Schwierigkeiten auf, in die die ZPO die Rechtsprechung dadurch versetzte, daß sie beharrlich von „verzichtbaren“ und „unverzichtbaren“ Mängeln spricht (so auch in §§ 274 II, 295 II), nirgends aber erläutert, nach welchen Gesichtspunkten diese Unterscheidung getroffen werden soll. Nachdem man aber nach eingehenden Überlegungen und nach Gegenüberstellung des öffentlichen und des Parteinteresses¹⁶⁾ zu nahezu einhelligen Ergebnissen gelangt ist, kann im Rahmen der hier gebotenen Erörterungen lediglich darauf verwiesen werden¹⁷⁾.

Kritik verdient § 335 I/1 aber auch in einem anderen Punkt: Die Vorschrift erstreckt sich nach ihrem Wortlaut auch auf die Entscheidung nach Lage der Akten. Dies ist deshalb berechtigt, weil § 335 — der Systematik des Gesetzes entsprechend — allgemeine Voraussetzungen für eine Säumnisentscheidung aufzeigen soll. Doch hat die Aktenlageentscheidung keinen bestimmten Charakter; sie ist — wie unter 2. bereits betont wurde — im Augenblick der Antragstellung und durch diese nach Form und Inhalt nicht bestimmt; sie kann sowohl in einem die Sache oder das Verfahren betreffenden Beschluß als auch in einem Urteil bestehen. Die „von Amts wegen zu berücksichtigenden Umstände“ sind für diese verschiedenen Entscheidungen naturgemäß verschieden. Insbesondere kann das Gericht durch Auflage- oder Beweisbeschluß

¹⁵⁾ RGZ 159/360.

¹⁶⁾ Mit Stein-Jonas-Schönke Anm. I/2 zu § 295.

¹⁷⁾ U. a. Stein-Jonas-Schönke aaO.; Wieczorek Anm. B II zu § 295.

gerade solchen Umständen, die von Amts wegen für den Erlaß einer Sachentscheidung zu beachten sind, nachgehen, also etwa den Parteien die Beibringung von für die Partei- oder Prozeßfähigkeit maßgeblichen Tatsachen nach § 275 a aufgeben oder über die örtliche Zuständigkeit Beweis erheben. Ein Antrag auf Aktenlageentscheidung ist also nicht zurückzuweisen, wenn Zweifel an solchen Umständen bestehen und die erschienene Partei diese nicht zu beseitigen vermag; die beantragte Entscheidung hat vielmehr trotzdem zu ergehen und zwar dahin, daß die Zweifel geklärt werden¹⁸⁾. Wenn § 335 I/1 befiehlt, einen Antrag auf Versäumnisurteil oder auf Entscheidung nach Lage der Akten zurückzuweisen, falls die antragstellende Partei die erforderliche Nachweisung für einen von Amts wegen zu berücksichtigenden Umstand nicht zu erbringen vermag, so ist diese Vorschrift irreführend¹⁹⁾. Diese Unstimmigkeit ist darauf zurückzuführen, daß § 335 bei der Einführung der Aktenlageentscheidung bedenkenlos auf diese erstreckt wurde, ohne daß man auf die für die beiden Säumnisentscheidungen bezüglich ihrer Voraussetzungen und vor allem ihres möglichen Inhalts bestehenden Unterschiede Rücksicht nahm.

Nicht zu beanstanden ist es hingegen, wenn § 335 I/1 von der Partei schlechthin spricht, also keinen Unterschied macht, ob es sich um den Kläger oder den Beklagten handelt. Stein-Jonas-Schönke²⁰⁾ erblickt darin mit Recht eine Anerkennung des Grundsatzes, daß derjenige die prozessualen Erfordernisse zu beweisen hat, der eine Sachentscheidung erstrebt. Es ist unbestritten und wurde vom Reichsgericht immer wieder hervorgehoben²¹⁾, daß die Frage der Beweislast mit der Parteistellung nichts zu tun hat. Freilich wird in der Regel der Kläger für das Vorliegen der Prozeßvoraussetzungen und der anderen von Amts wegen zu berücksichtigenden Umstände beweispflichtig sein, da er es ja ist, der zunächst das Sachurteil (im Sinne seiner Klage) erstrebt. Doch sind zwei Fälle denkbar, in denen Zweifel am Vorliegen solcher Umstände auch für die vom Beklagten begehrte Sachentscheidung möglicherweise noch geklärt werden müssen. Dies ist der Fall des Verzichtsurteils (§ 306) und der Fall des Versäumnisurteils²²⁾. Hier muß also den Beklagten die Beweislast treffen.

Das Reichsgericht verschließt sich dieser Folgerung in einer seiner früheren Entscheidungen²³⁾ für den Fall der Berufungsinstanz, indem es der Ablehnung eines Antrags auf Versäumnisurteil nicht zustimmt, wenn Zweifel an der Zustellung des erstinstanzlichen Urteils bestehen. Zwar sei die form- und fristgerechte Einlegung der Berufung ein von Amts wegen zu prüfender Umstand — so wird argumentiert —, doch habe ein negatives Ergebnis dieser Prüfung die zunächst nur dem Berufungskläger nachteilige Folge, daß das

¹⁸⁾ Auch Wieczorek (Anm. B I, B 1 zu § 335) betont, daß in einem derartigen Beweisbeschluß keine Zurückweisung eines Antrags auf Aktenlageentscheidung liegen könne, und fügt hinzu: „Dieser Antrag wird durch den Beweisbeschluß verbraucht“.

¹⁹⁾ Auch Stein-Jonas-Schönke (Anm. II zu § 335) und Baumbach-Lauterbach (Anm. I zu § 335) weisen auf die durch die Novelle von 1924 insoweit entstandenen Schwierigkeiten hin.

²⁰⁾ Anm. I/1 zu § 335.

²¹⁾ Z. B. RGZ 9/339, 20/174.

²²⁾ Auch Stein-Jonas-Schönke weist auf diese beiden Fälle hin (Anm. I/2 zu § 274).

²³⁾ RGZ 12/364.

Rechtsmittel als unzulässig zu verwerfen sei; deshalb sei auch nur der Berufungskläger diejenige Partei, welcher die betreffende Nachweisung obliege. Diese Folgerung läuft darauf hinaus, daß es im Falle der Säumnis des Klägers gar nicht notwendig sei, die von Amts wegen zu prüfenden Umstände zu beachten, da sich ja im Falle ihres Nichtvorliegens wie auch im Falle ihres Vorliegens für den Säumigen eine „ungünstige“ Entscheidung ergebe. § 335 I/1 — so müßte man weiter folgern — gelte also nur für den antragstellenden Kläger — es sei eine weitere Ungenauigkeit des Gesetzgebers, wenn man dort von der „Partei“ schlechthin spreche. Jedoch ist diese — freilich die Aufgaben des Gerichts erleichternde — Auffassung im Einklang mit der herrschenden Meinung abzulehnen²⁴⁾, da sie die Frage, ob aus sachlichen oder prozessualen Gründen zurückgewiesen wurde, bewußt offenläßt und damit die Gefahren einer „incerta sententia“ heraufbeschwört²⁵⁾. Auch soviel kann vom Wesen des Versäumnisurteils vorweggenommen werden, daß die zitierte Meinung nicht aus einem besonderen, nur für das Rechtsmittelverfahren geltenden Gesichtspunkt gerechtfertigt ist²⁶⁾.

Allenthalben findet man in Lehrbüchern und Kommentaren noch die Betonung, daß die Klage durch Endurteil abzuweisen sei, wenn ein von Amts wegen zu berücksichtigender Mangel feststehe oder sich die Partei weigere, ihn zu beseitigen, oder seine Beseitigung vom Verhalten der Gegenpartei abhängen (wie bei der Zuständigkeit)²⁷⁾. Diese Folgerung ist natürlich richtig, bedarf aber im Hinblick auf § 335 I/1 gar keiner Hervorhebung; denn wenn der Mangel feststeht oder wegen der Weigerung der anwesenden oder Nichtmitwirkung der abwesenden Partei unbehebbar ist, bedarf er eben keiner Nachweisung. Der Vorschrift des § 335 I/1 kann insoweit kein Vorwurf gemacht werden²⁸⁾.

Die Frage, wann ein von Amts wegen zu berücksichtigender Umstand eine Nachweisung erfordert, läßt sich nicht für alle solche Umstände einheitlich beantworten. Je nach dem Grad des öffentlichen Interesses an der Einhaltung solcher prozesualer Voraussetzungen können die Parteien auf ihre Feststellungsbedürftigkeit Einfluß nehmen oder hat das Gericht sie ohne Rücksicht

²⁴⁾ Neben der zitierten Auffassung Stein-Jonas-Schönke u. a. auch Baumbach-Lauterbach Anm. 2 B zu § 335.

²⁵⁾ worauf auch Sommerfeld (aaO. S. 23) unter Berufung u. a. auf Wach (GruchBeitr. 36/1 ff) hinweist. Mit Recht unterstreicht er, daß bei Richtigkeit der (damaligen!) reichsgerichtlichen Auffassung gar nicht festzustellen wäre, ob das klageabweisende Urteil Sach- oder Prozeßurteil sei, „so daß es fast unmöglich wäre, die Tragweite seiner Rechtskraft zu ermessen“.

²⁶⁾ Dazu noch unter IV A 1.

²⁷⁾ Z. B. Rosenberg aaO. S. 494, Baumbach-Lauterbach Anm. 2 B zu § 335, Stein-Jonas-Schönke Anm. I/1 zu § 335, Wieczorek Anm. B I b 1 zu § 335.

²⁸⁾ Auch Wach (Vorträge, 2. Aufl. S. 170 f) findet in seiner eingehenden Besprechung die Formulierung des § 335 I/1 (seinerzeit § 300 I/1) insoweit völlig in der Ordnung. Die Meinung, die dem Gericht eine Klageabweisung verbietet und auch im Falle der Liquidität von Mängeln Vertagung fordert, mit der sich Wach anschließend gründlich auseinandersetzt und von der er sich selbstverständlich lossagt, ist mittlerweile längst verstummt.

hierauf zu überprüfen²⁹⁾. In ersterem Falle unterliegen die maßgeblichen Tatsachen dem ausdrücklichen (§ 288) oder dem stillschweigenden Geständnis (§§ 138 III, 331 II), und das Gericht kann ohne Bedenken die Rechtsfolge ableiten, also den zu prüfenden Umstand bejahen. Dies gilt z. B. für Tatsachen, die für die Zuständigkeit, eine Prozeßstandschaft oder das Feststellungsinteresse (bei Feststellungsklagen) maßgeblich sind. — Im anderen Fall dürfen etwaige Bedenken des Gerichts durch ein derartiges Parteiverhalten nicht beeinflußt werden. Das Gericht hat trotz Zugeständnis oder Nichtbestreiten für die maßgeblichen Tatsachen von der erschienenen Partei den Nachweis zu fordern. Dies gilt z. B. für Umstände, die für die Zulässigkeit des Rechtswegs überhaupt oder eines Rechtsmittels oder -behelfs oder für die Prozeß- und Parteifähigkeit von Bedeutung sind.

b) Die Ordnungsmäßigkeit der Ladung nach § 335 I/2 wurde bereits unter 1. als eine der wichtigsten Voraussetzungen einer Säumnisentscheidung bezeichnet. Die Vorschrift hat sich aus mehreren Gründen als notwendig erwiesen. Zunächst dient sie der — gerade im Zivilprozeß gebotenen — Rechtssicherheit. Es soll feststehen, daß der säumigen Partei durch ordnungsmäßige Ladung wenigstens die Möglichkeit zur Wahrnehmung ihrer Rechte geboten wurde, und es soll damit gerechnet werden können, daß sie die für sie nachteiligen Folgen ihrer Säumnis in Kauf nahm. Würde § 335 I/2 dem Gericht die Prüfung der Ladung nicht auferlegen, dann würde jedes ohne diese Voraussetzung ergangene Versäumnisurteil das Einspruchsverfahren und jedes Aktenlageurteil ein Rechtsmittelverfahren nach sich ziehen. Die Bestimmung bildet also eine Bremse für die — wegen des voraussetzungslosen Einspruchs ohnehin sehr leichte — Anfechtung einer Säumnisentscheidung. Andererseits entspringt die Vorschrift auch einer Art prozessualer Gerechtigkeit: Es soll billigerweise niemand verurteilt werden, der nicht von dem gegen ihn anhängigen Verfahren weiß und die Möglichkeit hat, sich zur Vermeidung von Nachteilen daran zu beteiligen³⁰⁾.

Damit schafft § 335 I/2 den notwendigen Ausgleich dafür, daß die Säumnis selbst an keine in der Person des Säumigen liegenden Umstände, namentlich nicht an sein Verschulden geknüpft ist.

Die Frage, wann eine Ladung ordnungsgemäß ist, kann das Gericht aus dem Gesetz heraus beantworten, das hierüber eingehende und sorgfältige Regelungen enthält. Die Prüfung ist auf Form und Frist — wie § 335 I/2 durch Hervorhebung der Rechtzeitigkeit ausdrücklich betont — zu erstrecken. Für die Form der Ladung gilt nach der Abschaffung der Ladung im Parteibetrieb die Zustellung von Amts wegen als Grundsatz (§§ 214, 497 I), für deren Durchführung der Geschäftsstelle (§ 209) in den §§ 208 ff unter Verweisung auf die §§ 166 ff genaue Richtlinien gesetzt sind. Auch die Frist, die zwischen dem Zugang der Ladung und dem darin genannten Termin liegen muß und die man als Ladungsfrist bezeichnet³¹⁾, ist durch § 217 eindeutig festgelegt. Sie ist für die Ladung des Beklagten zum ersten Termin zur Einlassungsfrist erweitert, die sich wiederum nach § 262 und beim Amtsgericht nach § 499

²⁹⁾ Auch Rosenberg (aaO. S. 288) und Stein-Jonas-Schönke (Anm. II/2 zu § 295) stellen auf den Grad des öffentlichen Interesses ab.

³⁰⁾ Dies sind auch die Worte Schimas (aaO. S. 166).

³¹⁾ Rosenberg (aaO. S. 303) klassifiziert sie als Zwischenfrist.

bemißt. Für die Ladung des Klägers zu diesem Termin soll noch die Besonderheit nach § 497 I hervorgehoben werden, die darin besteht, daß in der Regel einfache, formlose Mitteilung genügt. Der Kläger gilt dann aber trotzdem im Sinne des § 335 I/2 als ordnungsmäßig geladen.

Es erscheint nicht notwendig, von der Ladung die Bekanntmachung des Termins zu unterscheiden, von der das Gesetz an einigen Stellen (u. a. bereits in den Säumnisvorschriften der §§ 251 a II, 340 a und in den Fällen der §§ 366 II und 370 II) spricht. Das Reichsgericht hat es in einer solchen früheren Entscheidung³²⁾ zwar dahingestellt sein lassen, „ob die Bekanntmachung des von Amts wegen zu bestimmenden Termins, bei dem Ladung jedenfalls nicht ausdrücklich vorgeschrieben ist, überhaupt der Ladung im Sinne der §§ 217, 335 I/2 gleichgestellt werden kann“, doch fordert man mit Recht für die Bekanntgabe die gleiche Form wie für die Ladung³³⁾, und es ist nicht einzusehen, warum man lediglich aus der Unterschiedlichkeit des Ausdrucks eine Verschiedenheit nach Bedeutung und Wirkung herleiten sollte³⁴⁾. Jedenfalls dürfte sich für § 235 I/2 bei der „Bekanntgabe“ statt „Ladung“ keine Besonderheit ergeben.

Bereits unter 1. wurde darauf hingewiesen, daß § 335 I/2 dann nicht als Voraussetzung der Säumnisentscheidung in Betracht kommt, wenn eine Ladung des Säumigen überhaupt nicht erforderlich war. Dies ist der Fall, wenn es sich um einen Termin handelt, der im Wege der Entscheidungsverkündung festgelegt wurde (§ 218). Das Gericht braucht auch nicht zu prüfen, ob bei der Entscheidungsverkündung die säumige Partei anwesend war (das — formelmäßige! — Protokoll bei Verkündungsterminen enthält ohnehin in aller Regel den Vermerk „...erschien niemand...“). Die Abwesenheit einer Partei — oder auch beider Parteien — in einem Verkündungstermin hat auf die Wirksamkeit der verkündeten Entscheidung keinen Einfluß. Bereits bei der Beratung des ZPO-Entwurfes in der Justizkommission des seinerzeitigen Reichstags kam die Rechtfertigung dieser Auffassung mit den Worten zum Ausdruck, es sei „Sache der ausgebliebenen Partei, sich zu erkundigen³⁵⁾“. Auch das Reichsgericht hat unter Hinweis auf diesen Gedanken bereits im Jahre 1898³⁶⁾ klar herausgestellt, daß § 218 auch bei Abwesenheit der Partei gelte. Natürlich kann man der im Verkündungstermin abwesenden Partei diese Erkundigungspflicht nur auferlegen, wenn sie von ihm auf Grund Ladung oder Bekanntmachung oder wiederum im Wege der Verkündung — von der sie dann ebenfalls in gleicher Weise unterrichtet sein müßte — Kenntnis hatte³⁷⁾. Fehlen diese Voraussetzungen, wie man weiter folgern muß, so gilt § 218 nicht; eine Ladung ist trotz Verkündung erforderlich. Das Gericht muß dann die Ladung der ausgebliebenen Partei zum verkündeten Termin

³²⁾ RGZ 86/140.

³³⁾ U. a. Baumbach-Lauterbach Anm. 2 zu § 340 a.

³⁴⁾ Rosenberg aaO. S. 303 bezeichnet die Bekanntmachung als von der Ladung „mehr formelmäßig als sachlich verschieden“ (ähnlich Baumbach-Lauterbach Anm. 2 zu § 340 a).

³⁵⁾ „Protokolle“ S. 74 (bei Hahn aaO. S. 582).

³⁶⁾ RGZ 41/355.

³⁷⁾ Mit Baumbach-Lauterbach Anm. 3 zu § 335.

oder seine Bekanntmachung in der Verkündung selbst anordnen; es hat also die Erforderlichkeit bereits im Zeitpunkt der Verkündung zu prüfen.

Damit ist auch die Frage beantwortet, die sich in diesem Zusammenhang aufdrängt, ob das Gericht gemäß § 335 I/2 auch die Anwendbarkeit des § 218 prüfen muß oder ob es bei Verkündung des die Säumnis begründenden Termins von jeglicher Prüfung der Ursachen des Ausbleibens entbunden ist: Das Gericht kann sich, wenn der Termin verkündet und die Partei nicht geladen wurde, darauf verlassen, daß ihr der Verkündungstermin bekannt war, sie also die Erkundigungspflicht hatte, weil im anderen Falle eine Ladung oder Bekanntgabe angeordnet worden wäre. § 335 I/2 ist also nicht dahin auszuweiten, daß unter die — zu prüfende — Ordnungsmäßigkeit der Ladung auch deren Erforderlichkeit fällt. Wollte man dies tun, müßte man in vielen Fällen dem Gericht eine umständliche Prüfung des bisherigen Prozeßverlaufs zumuten, wenn — wie es häufig geschieht — die Termine von einem aufs andere Mal im Wege der Verkündung eines Beweis- oder gar bloßen Vertagungsbeschlusses weiterverlegt wurden. Eine ganze Reihe von Terminen müßte dann unter Umständen zurückverfolgt werden, was eine sofortige Verbescheidung des Antrags auf Säumnisentscheidung oft in Frage stellen würde.

Die Ziffer 2 des § 335 I, so wichtig sie als Voraussetzung für die Säumnisentscheidung auch ist, macht dem Gericht also wenig Schwierigkeiten, da sich die Ordnungsmäßigkeit der Ladung nach Form und Frist aus den erwähnten Gesetzesstellen eindeutig ergibt und die Erforderlichkeit einer Ladung, falls diese aus dem Gesichtspunkt des § 218 unterblieben ist, wie gezeigt, im Säumnisverfahren nicht mehr geprüft zu werden braucht.

Eine „Ladungsfrist“ ist beim Verkündungs- und beim verkündeten Termin nicht zu beachten, da der Gedanke der Vorbereitung des Erscheinens vor Gericht, der der Ladungsfrist zugrunde liegt, für die bloße Erkundigungspflicht nicht herangezogen werden kann³⁸⁾. Die Frage ist auch sehr theoretischer Natur, da in der Praxis kaum auf eine Zeitspanne hinaus vertagt wird, die die gesetzliche Ladungsfrist unterschreitet. Wohl immer wird daher auch die gut vertretbare Forderung³⁹⁾ erfüllt sein, daß zwischen Ladung (zum Verkündungs-) und verkündetem Termin die Ladungsfrist gewahrt sein soll.

c) Problematischer ist wiederum Nr. 3 des § 335 I, die eine schriftsätzliche Bekanntgabe des tatsächlichen und mündlichen Vorbringens und der Anträge als Voraussetzung für eine Säumnisentscheidung fordert. Die Berechtigung dieser Vorschrift liegt auf der Hand: Sie ergibt sich wie bei Nr. 2 aus der Überlegung, daß der säumigen Partei keine Nachteile erwachsen sollen, mit

³⁸⁾ Im Ergebnis auch Stein-Jonas-Schönke Anm. II zu § 218: „Eine Ladungsfrist ist zwischen dem Tage der Verkündung und dem Termin nicht einzuschalten, da es sich um keine Ladung handelt“. Wiczorek (Anm. A II zu § 217) will demgegenüber gerade deshalb die Ladungsfrist auf verkündete Termine anwenden, „weil sie eine Vorbereitungsfrist ist“. Dies läßt sich dann vertreten, wenn man dem § 217 den Gedanken einer sachlichen Terminsvorbereitung zugrundelegt, was den Zweck der Ladungsfrist aber wohl überschreitet.

³⁹⁾ Wie sie bei Baumbach-Lauterbach Anm. zu § 218 erhoben wird.

denen sie nach der vorherzusehenden Prozeßlage nicht rechnen konnte⁴⁰⁾. Doch erheben sich wiederum Bedenken in systematischer Beziehung: § 335 I/3 steht in dogmatischem Zusammenhang mit § 331 I, demzufolge bei Säumnis des Beklagten das tatsächliche mündliche Vorbringen des Klägers als zugestanden gilt. Diese sog. Geständnisfiktion ist nämlich nur für solche Tatsachen vertretbar, die dem Beklagten auch rechtzeitig — also mit der Möglichkeit, sie zu verarbeiten — mitgeteilt wurden. Hieraus ergibt sich,

- aa) daß § 335 I/3 nur diejenige Partei angeht, der gegenüber § 331 gilt, das ist vor allem der Beklagte und Widerbeklagte, dann aber auch der Einspruchgegner und der Rechtsmittelbeklagte⁴¹⁾,
- bb) daß die Bestimmung nur für den Antrag auf Versäumnisurteil, nicht für den Antrag auf Aktenlageentscheidung anwendbar ist, da diese nicht die Fiktion des Geständnisses der gegnerischen Behauptungen, sondern Entscheidungsreife zur grundlegenden Voraussetzung hat (§ 331 a⁴²⁾).

Nr. 3 fügt sich demnach nicht systematisch an Nr. 1 und Nr. 2 an, da diese — wie für Nr. 1 unter a) herausgestellt wurde und wie es sich für Nr. 2 als selbstverständlich ergibt — für beide Parteien in gleicher Weise gelten. Darüber vermag auch die Verwendung des neutralen Ausdrucks „Partei“ nicht hinwegzutäuschen. Diese Formulierung ist irreführend und müßte durch „Beklagter“ — dem dann, wie bei § 331, die übrigen oben genannten Verfahrensgegner gleichzustellen wären — ersetzt werden.

Außerdem zeigt es sich auch hier, daß man bei Einführung der Entscheidung nach Aktenlage die nunmehr gegebene Zweibahnigkeit des Säumnisverfahrens bei Einarbeitung in das Gesetz nicht sorgfältig genug berücksichtigte⁴³⁾. Wie Nr. 1 ist also auch Nr. 3 des § 335 mit den besonderen Voraussetzungen und Möglichkeiten der Aktenlageentscheidung nicht in Einklang zu bringen.

Auch die in Nr. 3 erhobene Forderung, daß das tatsächliche Vorbringen oder der Antrag der säumigen Partei rechtzeitig mittels Schriftsatzes mitgeteilt sein muß, verdient Kritik. Sie korrespondiert zwar mit § 272, der zur Erleich-

⁴⁰⁾ So auch Schima aaO. S. 303 unter Berufung auf Stein-Jonas.

⁴¹⁾ Dies ist allgemeine Meinung (z. B. Rosenberg aaO. S. 494, Stein-Jonas-Schönke Anm. I/3 zu § 335, Baumbach-Lauterbach Anm. 4 B zu § 335), Wieczorek Anm. B III b 2 zu § 335.

⁴²⁾ Vor dieser Folgerung scheut man gemeinhin zurück und möchte § 335 I/3 auch auf die Entscheidung nach Lage der Akten erstrecken, wenn auch mit wesentlichen Einschränkungen. So soll die Bestimmung hier auch gegen den Kläger Anwendung finden (Baumbach-Lauterbach Anm. 4 B zu § 335), und für die Rechtzeitigkeit soll genügen, daß auf eine Tatsachenbehauptung überhaupt eine Erwiderung erfolgte (Stein-Jonas-Schönke Anm. II/2 zu § 335, III 2 a zu § 251 a). Damit schaltet man praktisch alle Besonderheiten des § 335/3 für die Aktenlageentscheidung aus und gibt ihm lediglich den Inhalt, der als Voraussetzung der Aktenlageentscheidung ohnehin in den §§ 331 a, 251 a gefordert ist. Der Beschluß, der den Antrag auf Entscheidung nach Lage der Akten aus Gründen zurückweist, die die zitierte Meinung durch § 335 I/3 gedeckt sein läßt, kann sich also in jedem Falle auch auf die §§ 331 a, 251 a stützen. Es besteht also keine Notwendigkeit, den dogmatisch folgerichtigen Zusammenhang zwischen § 335 I/3 und § 331 I in Frage zu stellen.

⁴³⁾ was auch von Baumbach-Lauterbach (Anm. I zu § 335) und Stein-Jonas-Schönke (Anm. II zu § 335) betont wird.

terung der mündlichen Verhandlung und zur Information des Gegners eine schriftsätzliche Vorbereitung der mündlichen Verhandlung fordert, doch klingt es so, als sollte es — falls der Säumnistermin ein späterer Termin ist, gar nicht mehr auf den Inhalt der früheren Verhandlungstermine, sondern nur mehr auf den aus den Akten ersichtlichen Schriftsatzinhalt ankommen, was natürlich mit dem Mündlichkeitsprinzip, wie es im § 128 I festgelegt ist, nicht vereinbar wäre. Mit Recht wird daher gemeinhin gefolgert, daß es auch genüge, wenn eine zum Erlaß des Versäumnisurteils notwendige Behauptung oder ein Antrag Gegenstand einer früheren mündlichen Verhandlung gewesen ist, ohne zum Inhalt eines Schriftsatzes gemacht worden zu sein⁴⁴⁾. In der Regel werden diese Behauptungen und Anträge dann aus dem Verhandlungsprotokoll hervorgehen, doch genügt es sogar, — da § 160 den Vorsitzenden zu ihrer Aufnahme in die Niederschrift nicht zwingt — wenn sich der Richter — bei Kollegialgerichten jeder Richter — an den Inhalt der früheren Verhandlung erinnert⁴⁵⁾. Wohlgemerkt muß es sich aber um eine streitige Verhandlung oder wenigstens um eine solche, bei der beide Parteien anwesend waren, gehandelt haben. Nur dann können die — in schriftlicher Form nicht vorliegenden — Behauptungen oder Anträge der späterhin säumigen Gegenpartei zur Kenntnis gekommen sein, und nur dann ist die prozessuale Gerechtigkeit verwirklicht, die aus § 335 I/3 spricht, und derzufolge ein Versäumnisurteil nur insoweit ergehen soll, als es der Säumige aufgrund seiner — tatsächlichen oder zumutbaren — Kenntnis vorhersehen konnte. Man tut daher gut daran, wenn man Behauptungen und Anträge, die in Abwesenheit des Gegners ohne vorherige Ankündigung in die mündliche Verhandlung eingebracht werden, nur dann als Grundlage eines späteren Versäumnisurteils gelten läßt, wenn sie schriftsätzlich oder in einem späteren Termin bei Anwesenheit des Gegners wiederholt werden. Rosenberg betont daher zu sehr die Bedeutung der mündlichen Verhandlung, wenn er sich dieser, sich aus dem Grundgedanken des § 335 I/3 ergebenden Konsequenz verschließt und ausdrücklich die Notwendigkeit einer schriftsätzlichen Wiederholung ablehnt⁴⁶⁾. Die Entscheidung des Reichsgerichts, auf die Rosenberg seine Folgerung stützt⁴⁷⁾, unterstreicht zwar mit Recht, daß auch die nichtkontradiktorische Verhandlung verlesene Anträge (es handelte sich um eine Widerklage) wirksam werden läßt, doch geht das zitierte Urteil davon aus, daß diese Anträge auch schriftlich festgehalten sind, was aus der Betonung des Verlesens hervorgeht.

Die Erfordernisse der rechtzeitigen Mitteilung ergeben sich — wie die Rechtzeitigkeit der Ladung — bei Ziffer 2 — wiederum eindeutig aus dem Gesetz (§§ 132, 272, 226) und bedürfen keiner besonderen Erörterung. Für die Klageschrift gilt wie bei der Ladung die sog. Einlassungsfrist als Besonderheit (§§ 262, 499).

⁴⁴⁾ Z. B. von Rosenberg aaO. S. 494, Baumbach-Lauterbach Anm. 4 A zu § 335 und von Wiczorek Anm. B III c 1 zu § 335.

⁴⁵⁾ So auch Baumbach-Lauterbach Anm. 4 A zu § 335 und Wiczorek Anm. B III c 1 zu § 335.

⁴⁶⁾ aaO. S. 494.

⁴⁷⁾ RGZ 28/409 f.

d) Zweifel ergeben sich wiederum aus der Formulierung des § 335 II, die lediglich besagt, daß die nichterschienene Partei zum neuen Termin zu laden sei, wenn die Verhandlung vertagt wird. Der Gedanke, der dieser Vorschrift zugrunde liegt, leuchtet ein: Die säumige Partei soll, wenn sie vom Termin Kenntnis hatte, davon unterrichtet werden, daß es trotz ihrer Säumnis nicht zu einer Säumnisentscheidung gekommen ist, und wenn sie nicht vom Termin Kenntnis hatte, wenn also § 335 I/2 eingreift, am weiteren Verlauf des Verfahrens wieder in ordnungsmäßiger Weise beteiligt werden. Das Reichsgericht⁴⁸⁾ hat die Begründung zu § 335 II — etwas vorsichtig — so ausgedrückt, daß die Vertagung, wenn ein Versäumnisurteil von der erschienenen Partei nicht verlangt werden dürfte, jedenfalls zweckmäßig erscheine, ja für den Fall nichtrechtzeitiger Ladung unbedingt gefordert werden müsse. Damit ist aber noch nicht die Frage beantwortet, die die Formulierung des § 335 II offenläßt, ob eine Neuladung des Säumigen in jedem Falle der Vertagung erforderlich ist, also auch dann, wenn der Erschienene keine Säumnisentscheidung beantragt, sondern lediglich aus einem erheblichen Grund (§ 227 I) Gesuch um Vertagung gestellt hat, dem dann durch verkündeten Beschluß stattgegeben wurde, oder ob der Nichterschienene nur in dem Falle von einer Vertagung in Kenntnis zu setzen ist, in dem ein Antrag des Erschienenen auf Säumnisentscheidung aus Gründen des § 335 I zurückgewiesen werden mußte. Obwohl sich das Reichsgericht mit diesem Problem bereits in der zitierten Entscheidung auseinandergesetzt und hierbei die von „namhaften Schriftstellern vertretene“ Erstreckung des § 335 II auf alle Fälle der in Abwesenheit einer Partei angeordneten Vertagung abgelehnt hat⁴⁹⁾, ist die Frage heute noch nicht unbestritten⁵⁰⁾. Der Grund liegt darin, daß auch für die Neuladung des Säumigen in den Fällen antragsgemäßer Vertagung einleuchtende Gründe sprechen⁵¹⁾: Wenn, wie gesagt, der Grundgedanke des § 335 II u. a. darin besteht, daß die Partei, die mit einer Säumnisentscheidung rechnen mußte, von deren Nichtzustandekommen unterrichtet werden soll, dann dürfte seine Verwirklichung nicht davon abhängen, ob der Gegner tatsächlich einen Antrag auf Säumnisentscheidung gestellt hat. Es müßte folgerichtig gleichgültig bleiben, ob die Säumnisentscheidung infolge eines vom Gericht (im Falle des § 335 I) oder eines von der Gegenpartei (im Falle des § 227/I) in Erwägung gezogenen Grundes nicht zustande kam, da das Ergebnis, die Vertagung, in einem wie im anderen Falle von dem unbeteiligten Säumigen nicht vorherzusehen war. Trotz dieser einleuchtenden Überlegung aber sind die Gründe, die das Reichsgericht gegen eine Ausdehnung des § 335 II auf alle Vertagungsfälle ausspricht, so überzeugend, daß man der von ihm vertretenen Auffassung den Vorzug geben muß: Aus § 337 (seinerzeit § 302), der im Falle der Bejahung der dortigen Vertagungsvoraussetzungen ebenfalls eine Neuladung des Nichterschiedenen anordnet, wird geschlossen, daß

⁴⁸⁾ RGZ 41/357.

⁴⁹⁾ RGZ 41/356.

⁵⁰⁾ Mit Baumbach-Lauterbach Anm. 5 zu § 335.

⁵¹⁾ In einer Anmerkung zu einem Beschluß des OLG München vom 10. 4. 27 (ZZP 52/426) geht von Biema unter Anführung von Beispielen auf die Frage ein, ohne jedoch eine Begründung für die eine oder andere Ansicht zu bringen.

auch § 335 II nur bei Eingreifen dieser Bestimmung, also nur bei Zurückweisung eines Antrags aus den in ihrem Abs. I aufgezählten Gründen Anwendung findet. Für alle übrigen Vertagungen gelte § 218 (seinerzeit § 195) uneingeschränkt. In der Tat käme eine Ausweitung des § 335 II im oben beschriebenen Sinne einer Außerkraftsetzung des § 218 für alle nur von einer Partei wahrgenommenen Verhandlungstermine gleich. Diese wichtige Bestimmung soll aber nur in gesetzlich eng umrissenen Fällen Einschränkung finden und gerade auch bei Vertagungsbeschlüssen ohne vorherigen Säumnisantrag ihre Funktion behalten⁵²). § 335 II ist eine Regel des Säumnisverfahrens und hat außerhalb dessen keine Berechtigung. Man kann die Anwendbarkeit des § 218 schließlich auch damit rechtfertigen, daß die Erkundigungspflicht, die diese Bestimmung motiviert, auch dann besteht, wenn die Partei mit einer Säumnisentscheidung gerechnet hat, weil sie nicht die Gewähr hat, daß es aufgrund des gegnerischen Antrags überhaupt zu einem Säumnisverfahren kommt, innerhalb dessen sie dann in Form einer Säumnisentscheidung oder Neuladung jedenfalls Kenntnis vom Ergebnis des Säumnistermins erlangen würde.

Das Ergebnis dieser Betrachtung des § 335 ist nicht eben ermutigend. Zwar ist seine allgemeine Funktion, die er mit § 337 gemeinsam hat, durchaus berechtigt, indem sie darin besteht, weitere, zur Säumnis hinzutretende Voraussetzungen für eine Säumnisentscheidung festzulegen und damit dem Säumnisverfahren seinen eigentlichen Inhalt zu geben. Doch bleibt es bei dieser Funktion nur als Aufgabe; erfüllt wird sie, wenn überhaupt, nur ganz mangelhaft: Die drei Nummern des Absatzes I sind willkürlich ausgewählt, unlogisch in ihrem Zusammenhang und berücksichtigen in keiner Weise die seit 1924 bestehende Zweibahnigkeit des Säumnisverfahrens; ihre Formulierung ist unklar und sogar zweideutig. Zweideutig ist auch die Fassung des Absatzes II; es hätte bei ihm in Anbetracht der Gründe, die für seine Ausdehnung sprechen, seine Beschränkung auf das Säumnisverfahren zum Ausdruck gebracht werden müssen.

4. § 337 ZPO

bringt, worauf bereits unter 1. hingewiesen wurde, zwei weitere negative Voraussetzungen für den Erlaß einer Säumnisentscheidung.

Die Formulierung dieser Bestimmung unterscheidet sich, was sofort auffallen muß, von der des § 335: Während § 335 anordnet, den Antrag auf Erlaß eines Versäumnisurteils oder einer Entscheidung nach Lage der Akten zurückzuweisen, so spricht § 337 davon, die Verhandlung über einen solchen Antrag zu vertagen. In der Tat wurde diese unterschiedliche Formulierung, worauf Wach unter Bezugnahme auf die Motive hinweist⁵³), bewußt getrof-

⁵²) Mit der herrschenden Praxis auch Rosenberg (aaO. S. 495), Baumbach-Lauterbach (Anm. 5 zu § 335), Wieczorek Anm. C II zu § 335, jetzt auch Stein-Jonas-Schönke (Anm. I/5 zu § 335: „... was nach der Fassung der Vorschrift allerdings zweifelhaft sein kann ...“).

⁵³) Vorträge 1896 S. 173.

fen. Im Falle des § 335 sollte der Antrag auf Erlaß der Säumnisentscheidung endgültig abschlägig verbeschieden sein, im Falle des § 337 hingegen erst über diesen eine Verhandlung herbeigeführt werden, von deren Ergebnis dann seine Verbeschiedung abhängen sollte⁵⁴⁾. Mit Recht steht man heute aber auf dem Standpunkt, daß der Vertagung nach § 337 die gleiche Bedeutung wie der nach § 335 zukommt, daß also auch in ihr eine Zurückweisung des Antrags auf Säumnisentscheidung zu erblicken ist⁵⁵⁾. Es läßt sich aus dem Sinn und Zweck des Säumnisverfahrens heraus⁵⁶⁾ nicht rechtfertigen, über eine Säumnisentscheidung streitig zu verhandeln oder gar über ihre Voraussetzungen Beweis zu erheben⁵⁷⁾, wenn noch dazu der Säumnistermin längst vorbei ist und beide Parteien wieder am Verfahren teilnehmen (was ja § 337 genau wie § 335 durch Anordnung der Neuladung des Säumnigen ausdrücklich verlangt). Die Anordnung der Neuladung hat ihren Sinn nicht etwa darin, die Zweifel des Gerichts über die Voraussetzungen des § 337 durch Anhörung des Säumnigen zu klären, sondern — wiederum wie bei § 335 — darin, ihn — wenn schon das Gericht solche Zweifel hat und keine Säumnisentscheidung erläßt — wieder einer streitigen Verhandlung und damit einem ordnungsmäßigen Verlauf des Verfahrens zuzuführen, im Falle ihres neuerlichen Nichterscheins aber klare Voraussetzungen für eine Säumnisentscheidung zu schaffen. Die Verhandlung in dem Termin, auf den nach § 337 vertagt wurde, ist also eine Verhandlung zur Hauptsache, nicht etwa eine „Verhandlung über den Antrag auf Säumnisentscheidung“⁵⁸⁾. Der Gedanke, der der Formulierung des § 337 zugrunde liegt und der der erschienenen Partei ihren „Anspruch“ auf Säumnisentscheidung auch bei Zweifeln des Gerichts an seinem Durchgreifen bis zu einer eingehenden Klärung in einem neuen Termin erhalten möchte, mag aus der liberalistischen Grundhaltung der Entstehungszeit des Gesetzes gerechtfertigt sein; auch mochte er sich damals mit der noch nicht verklungenen Forderung des Kontumazialverfahrens, die den Säumnigen unter allen Umständen einer Sühne für die Auflehnung gegen die hoheitlich-gerichtliche Terminsanordnung zuführen wollte, stützen lassen; heute aber sind beide Konzeptionen historisch geworden, und der Gedanke, das Säumnisverfahren seiner prozeßbeschleunigenden Funktion entsprechend zu beschränken, darf und muß im Vordergrund stehen.

Der Wortlaut des § 337 muß also vorab als unzeitgemäß und daher irreführend bezeichnet werden. Den Gründen, die er zu negativen Voraussetzungen einer Säumnisentscheidung macht, kommt die gleiche Bedeutung zu wie den Nummern 1 bis 3 des § 335 I. Der gleichen systematischen Stellung der beiden Bestimmungen entsprechend, mußte § 337 demnach ebenfalls nicht Vertagung der Verhandlung über den Antrag auf Säumnisentscheidung, sondern Zurückweisung des Antrags anordnen, wie ja

⁵⁴⁾ Wach aaO. (Fußnote).

⁵⁵⁾ U. a. Schönke (aaO. S. 327), Sydow-Busch Anm. 4 zu § 337, Baumbach-Lauterbach Anm. 1 zu § 337, OLG München MDR 56/684, Wiczorek Anm. A III zu § 337.

⁵⁶⁾ wie er unter I bereits mehrfach hervorgehoben wurde und wie er u. a. darin besteht, den Prozeß auch ohne Mitwirkung einer Partei zu Ende zu führen.

⁵⁷⁾ Selbst Wach, der sich für die Richtigkeit der Formulierung ausspricht, räumt ein, daß dies „ausgeschlossen erscheint“ (aaO. S. 175).

⁵⁸⁾ Stein-Jonas-Schönke Anm. I/3 zu § 337: „die Ladung erfolgt ohne Beschränkung, also zur Verhandlung über die Hauptsache“.

auch sein letzter Satz dem Absatz II des § 335 nach Wortlaut und Bedeutung entspricht.

Die Voraussetzungen selbst sind jedoch ebenso einleuchtend wie die Nr. 2 des § 335 I; sie stehen auch mit ihr in gedanklichem Zusammenhang: Da die Ladungs- und Einlassungsfrist zwar in der Regel durch die gesetzliche Festlegung, in Ausnahmefällen aber auch durch das Ermessen des Vorsitzenden bestimmt sind (bei Antrag nach § 226, bei Unterbrechung nach § 239 III und bei Zustellung der Klage- oder der Rechtsmittelschrift im Ausland nach § 262 II, 520 II, 555 II), soll eine Möglichkeit geschaffen sein, einen insoweit unterlaufenen Ermessensfehler zu korrigieren, bevor er für die betroffene Partei in Form einer Säumnisentscheidung einschneidende Folgen hat. Gerade bei diesen Bestimmungen können Fälle auftauchen, in denen es zur Zeit der Fristbestimmung nicht vorhersehbar war, bis wann man der Partei eine Wahrnehmung des Termins zumuten konnte. Es ist daher keine Überheblichkeit des Gesetzgebers, wenn er nur die vom Richter, nicht die von ihm selbst gesetzten Einlassungs- und Ladungsfristen in § 337 für nachprüfbar erklärt; denn nur erstere bedürfen einer individuellen Behandlung.

Dem zweiten Vertagungsgrund, dem Dafürhalten des Gerichts, „daß die Partei durch Naturereignisse oder durch andere unabwendbare Zufälle am Erscheinen verhindert worden sei“, liegen ebenfalls Billigkeitserwägungen zugrunde. Die Partei hat bei der Ladungs- und Einlassungsfrist als Zwischenfristen keine Möglichkeit, diese Gründe — wie bei Not- und Rechtsmittelfristen — durch Wiedereinsetzungsantrag (§ 233 bringt hierfür in wörtlicher Übereinstimmung die gleichen Voraussetzungen) geltend zu machen. Die Partei soll bei einem „Ereignis, das nach den Umständen des Falls durch die äußerste, gerade ihr gerechterweise noch zuzumutende Sorgfalt weder abgewehrt noch in seinen schädlichen Folgen verhindert werden konnte⁵⁹⁾“, auch von der „schädlichen Folge“ einer Säumnisentscheidung verschont bleiben. Auch die beiden Vertagungsgründe des § 337 wollen also, wie die Ziffern 2 und 3 des § 335, einen Ausgleich dafür schaffen, daß der Säumnisbegriff subjektive Momente, insbesondere das Verschulden des Säumigen, nicht berücksichtigt⁶⁰⁾. Sie helfen auch — genau wie § 335 I/2 — den „prozessualen Leerlauf“ vermeiden, den bei Erlaß eines Versäumnisurteils der mit Sicherheit zu erwartende Einspruch herbeigeführt hätte.

Den Vorwurf eines irreführenden Wortlautes verdient § 337 aber in einem weiteren Punkt: Liegen die beiden besprochenen Voraussetzungen vor, so „kann“ nach der getroffenen Formulierung das Gericht vertagen. Es entsteht damit der Eindruck, die Vertagung nach § 337 hänge von einer zweimaligen Ermessensentscheidung ab. Einmal habe das Gericht zu prüfen, ob es eine der beiden Voraussetzungen, also eine zu kurz bemessene Ladung — bzw.

⁵⁹⁾ wie die der ständigen Rechtsprechung des Reichsgerichts (z. B. RGZ 159/110) entsprechende, vom Bundesgerichtshof (Lind.-Möhr. Nr. 1 zu § 233 ZPO) übernommene Definition des unabwendbaren Zufalls lautet.

⁶⁰⁾ Stein-Jonas-Schönke Anm. I/2 zu § 337: „Sachlich stellt § 337 eine Einschränkung des Satzes dar, daß es bei der Säumnis auf das Verschulden nicht ankommt“. Sommerfeld (aaO. S. 18): „Diese Fälle (des § 337) beruhen darauf, daß der säumigen Partei aus der Versäumnis kein Vorwurf gemacht werden kann“.

Einlassungsfrist oder einen unabwendbaren Zufall bejahen müsse, und dann, falls es zu einer solchen Annahme kommt, ob trotz der gegebenen Voraussetzung eine Säumnisentscheidung erlassen oder die Verhandlung vertagt werden solle. Es erscheint, als gebe § 337 dem Gericht — etwa als eine für das Säumnisverfahren geltende *lex specialis* zu § 227 — nur eine Vertagungsmöglichkeit, als wäre der Antrag des Erschienenen genauso ordnungsmäßig verbeschieden, wenn trotz Bejahung der beiden Vertagungsvoraussetzungen die Säumnisentscheidung ergangen wäre.

Diese sich aus dem Wortlaut des § 337 logischerweise ergebende Folgerung ist aber gänzlich verfehlt. Das Reichsgericht hat in einer Entscheidung aus den letzten Jahren seiner Tätigkeit eindeutig unterstrichen, daß das „kann“ im § 337 nicht etwa ein freies Ermessen des Gerichts bedeute, daß das Gericht vielmehr verpflichtet sei, die Verhandlung zu vertagen, wenn eine der Voraussetzungen des § 337 vorliegt⁶¹⁾. Das Gericht hat also seine Überlegungen darauf zu beschränken, ob einer der beiden Vertagungsgründe vorliegt; kommt es zur Bejahung, so ergibt sich hieraus zwingend die Folge der Vertagung.

Diese Folgerung ergibt sich als selbstverständlich, wenn man sich vor Augen führt, daß — wie oben gezeigt — die beiden Vertagungsgründe des § 337 gleichberechtigt und gleichbedeutend neben den Zurückweisungsgründen des § 335 stehen. Ist das Gericht im Falle des § 335 zur Ablehnung der Säumnisentscheidung verpflichtet, so muß dies auch für § 337 gelten.

Auch die Vorschrift des § 337 bedarf also, wie nochmals zusammenzufassen ist, einer ihren Grundgedanken und ihre systematische Stellung berücksichtigenden Auslegung, um richtig verstanden zu werden. Ihr Wortlaut ist irreführend soweit er davon spricht, daß das Gericht vertagen „kann“ und daß es sich hierbei um eine Vertagung der „Verhandlung über den Antrag auf Erlaß des Versäumnisurteils oder einer Entscheidung nach Lage der Akten“ handelt, und bedarf, um Mißverständnissen vorzubeugen, dringend einer Änderung.

5. Die sofortige Beschwerde,

die § 336 gegen den einen Antrag auf Versäumnisurteil zurückweisenden Beschluß zuläßt, beweist, daß der Gesetzgeber dieser Entscheidung immerhin eine gewisse Bedeutung beigemessen und wohl die Vorteilhaftigkeit eines solchen Vollstreckungstitels in der Hand einer Partei nicht verkannt hat. Die Wichtigkeit des Säumnisverfahrens rechtfertigt auch diese Verlagerung in die Beschwerdeinstanz. Dort gelten dann auch seine Grundsätze, insbesondere ist der Säumige nicht beteiligt⁶²⁾. Die Beschwerdefrist beginnt hier ausnahmsweise mit der Verkündung des Beschlusses, worauf § 577 ausdrücklich hinweist.

⁶¹⁾ RGZ 166/248.

⁶²⁾ wie das Reichsgericht bereits in RGZ 37/398 hervorhebt: „Hat im Falle der Zurückweisung seines Antrags der Kläger Beschwerde erhoben, so wird in dem weiteren Verfahren der Beklagte gar nicht gehört; er kann Rechtsbehelfe erst gegen das Versäumnisurteil geltend machen, falls ein solches auf Anweisung des Beschwerdegerichts erlassen wird“.

Über die Anwendbarkeit des § 336 ist noch immer ein Meinungsstreit im Gange, insoweit nämlich, als die Frage zu beantworten ist, ob er die sofortige Beschwerde nur gegen Beschlüsse zuläßt, die nach § 335 ergangen sind, oder ob aufgrund dieser Vorschrift auch gegen eine Vertagung nach § 337 vorgegangen werden kann. Alle drei in dieser Frage denkbaren Auffassungen werden von namhafter Seite vertreten und auf gewichtige Gründe gestützt:

- a) Die streng dogmatische Auffassung unter Führung von Stein-Jonas-Schönke⁶³⁾ hält sich eng an den Wortlaut des Gesetzes, demzufolge ein Vertagungsbeschluß von der Zurückweisung des Antrages auf Versäumnisurteil zu unterscheiden sei, wenn auch, so wird eingeräumt, die Vertagung der Zurückweisung tatsächlich gleichkomme. Auch sei die Unzulässigkeit der Beschwerde aus § 567 I zu folgern.
- b) Die Gegenmeinung, vertreten von Baumbach-Lauterbach⁶⁴⁾ und neuerdings dem Oberlandesgericht München⁶⁵⁾ und Wieczorek⁶⁶⁾, läßt die sofortige Beschwerde bei Vertagung nach § 337 ohne Bedenken zu und stützt sich darauf, daß die Vertagung immer eine Zurückweisung des Säumnisantrages enthalte. Wenn die zu a) zitierte Auffassung dies einräumen müsse, so sei die von ihr aus dem Gesetzeswortlaut gezogene Folgerung als förmelnd⁶⁷⁾ abzulehnen.
- c) Wohl in der Mitte zwischen diesen beiden Extremen liegt die in erster Linie von Rosenberg vertretene Auffassung⁶⁸⁾, die einen nach § 337 ergangenen Vertagungsbeschluß nur insoweit als unanfechtbar erklärt als die Ausübung des freien Ermessens angegriffen werden soll, ihn aber in Analogie zu § 336 der sofortigen Beschwerde unterwirft, wenn in einem Falle vertagt wird, den § 337 nicht nennt⁶⁹⁾.

Der Wortlaut unserer ZPO ist vielerorts so oberflächlich und unklar, daß es von vornherein bedenklich erscheinen muß, sich allein auf ihn zu stützen. Gerade in den das Säumnisverfahren betreffenden Vorschriften ist, wie die bisherige Betrachtung gezeigt hat, diese Skepsis besonders am Platze. Und so ist es auch gar nicht verwunderlich, daß gerade die Formulierung des § 337, auf die sich die unter a) zitierte Auffassung stützt, wie unter 3) herausgestellt wurde, einer dem Grundgedanken der Vorschrift und der Systematik des Gesetzes folgenden Auslegung nicht standhält, daß der „Vertagung der Verhandlung über den Antrag...“ keine andere Bedeutung zu-

⁶³⁾ Anm. I/2 zu § 337; ebenso Seuffert-Walsmann Anm. 2 zu § 337.

⁶⁴⁾ Anm. 1 zu § 337; ebenso Sydow-Busch Anm. 4 zu § 337.

⁶⁵⁾ MDR 56/694.

⁶⁶⁾ Anm. A III zu § 337; er verneint allerdings die praktische Bedeutung der Anwendbarkeit des § 336, „da sofort neuer Termin anzusetzen sein wird“ und nach Wieczoreks Auffassung mit der Abhaltung dieses Termins die sofortige Beschwerde unzulässig wird (Anm. A I und B II b zu § 336). Auch wenn man dem beipflichten wollte, wäre eine praktische Bedeutung der Anwendbarkeit des § 336 auf die Fälle des § 337 aber nicht zu verneinen, da die sofortige Beschwerde des § 336 — wie die Praxis zeigt — meist vor dem neuen Termin eingelegt werden muß und eingelegt wird.

⁶⁷⁾ So Baumbach-Lauterbach Anm. 1 zu § 337.

⁶⁸⁾ aaO. S. 494; Zöllner (Anm. zu § 337) unter Bezugnahme auf eine frühere Entscheidung des OLG München (BayZ 1929/327).

⁶⁹⁾ Rosenberg aaO. S. 494.

kommt als der „Zurückweisung des Antrags⁷⁰⁾“. Die unter a) angeführte Auffassung ist daher nicht nur als „förmelnd“ abzulehnen, sondern sie geht von der widerlegten Voraussetzung aus, daß die unterschiedliche Formulierung des Gesetzes berechtigt sei. Sie läßt sich auch nicht mit dem ersten Halbsatz des § 567 halten, der das Rechtsmittel der Beschwerde auf die im Gesetz besonders bestimmten Fälle beschränkt: Abgesehen davon, daß die Zulässigkeitsvoraussetzungen für die Beschwerde über § 567 hinaus von der Rechtsprechung mittlerweile nicht unerheblich ausgedehnt wurden⁷¹⁾, handelt es sich hier gar nicht darum, die Beschwerde in einem gesetzlich nicht vorgesehenen Fall zuzulassen, sondern lediglich darum, die unter eine im Gesetz zugelassene Beschwerde fallenden Tatbestände zusammenzustellen⁷²⁾. Es bleibt also nur zu fragen, welcher der beiden übrigen Auffassungen der Vorzug gegeben werden soll. Hierbei ist wiederum davon auszugehen, daß ein Antrag auf Versäumnisurteil auch dann als zurückgewiesen gilt, wenn das Gericht von seinem Erlaß aus Gründen des § 335 Abstand nimmt, dies aber nicht in einem wörtlichen Zurückweisungsbeschluß zum Ausdruck bringt, sondern lediglich in dem Beschluß, die mündliche Verhandlung zu vertagen⁷³⁾ (so wird u. a. in dem oben unter 2. besprochenen, sich an die Neuladungspflicht nach § 335 II knüpfenden Meinungsstreit allgemein zwischen „Vertagung aus Gründen des § 335 I“ und „Vertagung ohne vorherigen Säumnisantrag“ unterschieden). Gegen eine solche Vertagung ist dann, wie zu folgern ist, die sofortige Beschwerde nach § 336 in gleicher Weise zulässig wie gegen einen Zurückweisungsbeschluß. Der Wortlaut des § 336, der sie „gegen den Beschluß, durch den der Antrag auf Erlaß des Versäumnisurteils zurückgewiesen wird“, zuläßt, darf dieser Folgerung nicht entgegenstehen. Wenn man nun weiterhin — wie unter 3. gezeigt wurde — die Voraussetzungen eines Versäumnisurteils, die § 337 bringt, denen des § 335 gleichstellen muß und also die Vertagung nach § 337 der nach § 335 in ihrer Bedeutung und Wirkung nicht nachsteht, somit ebenfalls einer Zurückweisung des Antrags gleichkommt⁷⁴⁾, dann ist hieraus kein anderer Schluß möglich, als die Beschwerde ohne Einschränkung auch gegen eine auf § 337 gestützte Vertagung zuzulassen.

Den Vorzug verdient somit die unter b) erwähnte Auffassung, die nach der zitierten, jüngsten Entscheidung des Oberlandesgerichts München in der Rechtsprechung hoffentlich weiteren Eingang findet, so wie sich ihr auch Wiczo-

⁷⁰⁾ Zu den bereits unter 3. angeführten Fundstellen noch OLG Zweibrücken in JW 1930/2069: „... ist nicht zu bezweifeln, daß in dem Aussprechen einer Vertagung trotz gestelltem Antrag auf Versäumnisurteil eine Zurückweisung dieses Antrags liegt“.

⁷¹⁾ So z. B. auf Fälle, in denen ein Beschluß nicht einmal den allgemeinen Anforderungen des Gesetzes genügt (so z. B. Baumbach-Lauterbach Anm. 1 C zu § 367).

⁷²⁾ RGZ 63/365: Die Rechtsprechung nehme die Anwendbarkeit dieser Vorschrift (§ 336 Satz 1) an, wenn die Erlassung eines Versäumnisurteils auch aus anderen Gründen als denen des § 335 ZPO zurückgewiesen werde (verwiesen wird sodann auf RGZ 37/396 und 55/310).

⁷³⁾ So bereits OLG Nürnberg in OLGE 23/177.

⁷⁴⁾ Das OLG München bringt dies einleuchtend mit den Worten zum Ausdruck: „Es macht keinen Unterschied, ob das Gericht seinen Willen, das Versäumnisurteil zur Zeit nicht zu erlassen, durch eine Zurückweisung des Antrags oder durch eine Vertagung der Verhandlung hierüber von Amts wegen zum Ausdruck bringt“ (MDR 56/694).

rek als neuester Kommentator des Zivilprozeßrechts, wenn auch unter Anerkennung ihrer Bedeutung⁷⁵⁾, angeschlossen hat. Ihr können auch praktische Gesichtspunkte zugute gehalten werden: Die unter c) zitierte Meinung wirft nämlich in jedem Einzelfall vorweg die Frage auf, ob ein auf § 337 gestützter Vertagungsbeschluß auch auf einer der beiden dort genannten Voraussetzungen beruht. Diese Frage ist nicht immer leicht zu beantworten. Wie soll z. B. verfahren werden, wenn das Gericht einen Umstand als „unabwendbaren Zufall“ bezeichnet, der offensichtlich nicht unter diesen Begriff fällt⁷⁶⁾? Soll die Zulässigkeit der Beschwerde davon abhängen, ob das Gericht die Worte „unabwendbarer Zufall“ in seinem Vertagungsbeschluß gebraucht? Richtiger ist es doch wohl, es darauf ankommen zu lassen, ob aus einem Grund vertagt wurde, der — ohne Rücksicht darauf, wie ihn der Erstrichter eingestuft hat — als unabwendbarer Zufall gelten kann. Und diese Frage soll das Beschwerdegericht entscheiden. Es besteht kein einleuchtender Grund, sie auf die Ebene der Zulässigkeit abzudrängen. Das Ermessen des Erstrichters bleibt ja unversehrt: Wenn der Vertagungsgrund als unabwendbarer Zufall betrachtet werden kann, ist die Beschwerde unbegründet.

§ 336 hat nach dem Gesagten voll und ganz seine Berechtigung, indem er die Verlagerung des Säumnisverfahrens in die Beschwerdeinstanz zuläßt. Seinem Wortlaut, demzufolge die sofortige Beschwerde gegen einen den Antrag auf Versäumnisurteil zurückweisenden Beschluß zulässig ist, kann nicht der Vorwurf der Irreführung gemacht werden, sofern man dieses „Zurückweisen“ auf den Inhalt des Beschlusses und nicht auf seinen Wortlaut bezieht und auch einen Vertagungsbeschluß (nach § 335 oder § 337) als zurückweisend betrachtet, wenn man auch besser getan hätte, die Worte „...oder die mündliche Verhandlung vertagt wird...“, um alle Zweifel auszuschließen, mit einzufügen. — Auch wäre es der Klarheit dienlicher gewesen, wenn § 336 seinen Platz hinter dem § 337 gefunden hätte, da damit seine Anwendbarkeit auf diese weitere Vertagungsmöglichkeit systematisch deutlicher zum Ausdruck gekommen wäre.

Sehr klar und unzweideutig schließt Absatz II die Beschwerde gegen einen Antrag auf Aktenlageentscheidung aus. Es soll darüber kein Zweifel gelassen werden, daß diese Art der Säumnisentscheidung, die nach ihren Voraussetzungen und ihrem Inhalt weitgehend im richterlichen Ermessen steht, von der Partei und dem Beschwerdegericht unbeeinflußt bleiben soll⁷⁷⁾. Durch eine Beurteilung der Entscheidungsreife als besonderer im § 331 a festgelegter Voraussetzung der Aktenlageentscheidung ist in der Regel auch ihr Inhalt mitbestimmt. Könnte diese Beurteilung nach dem Willen der antragstellenden Partei durch ein Beschwerdegericht erfolgen, so könnte damit die

⁷⁵⁾ vgl. Fußn. 66 (zu oben b)).

⁷⁶⁾ wie dies z. B. das Oberlandesgericht Nürnberg in OLGE 23/177 mit Recht dann annimmt, wenn das Armenrechtsgesuch des Säumnigen noch nicht verbeschieden war. In ähnlicher Weise, wenn auch unter Zulassung von Ausnahmen „im einzelnen Fall aus bestimmten Gründen“, äußert sich das Oberlandesgericht München in BayZ 1929/347 f.

⁷⁷⁾ Ähnlich Baumbach-Lauterbach Anm. 2 zu § 336.

dem Erstrichter auferlegte Rechtsfindung untergraben, im Falle der Urteilsreife sogar das Ergebnis des ersten Rechtszuges bestimmt werden. Die klare Regelung des § 336 II berücksichtigt somit nicht nur (zum Unterschied von § 335) die Zweigleisigkeit des Säumnisverfahrens, sondern entspricht einer zwingenden dogmatischen Notwendigkeit.

B. Das Versäumnisurteil

1. Besondere Voraussetzungen

treten zu den allgemeinen je nach der Art der beantragten Säumnisentscheidung hinzu. Beim Versäumnisurteil muß von vornherein unterschieden werden, ob es sich um Säumnis des Klägers oder des Beklagten handelt, da die Entscheidung in beiden Fällen von verschiedenen Grundsätzen getragen ist und dementsprechend von verschiedenen Voraussetzungen ausgeht.

a) Bei Säumnis des Klägers — wegen der mannigfachen Voraussetzungen des Säumnisbegriffs empfiehlt es sich nicht, wie das Gesetz einfach vom „Nichterscheinen“ zu sprechen — spricht § 330 ganz lapidar vom Versäumnisurteil als Versäumnisfolge, welches dahin zu erlassen sei, „daß der Kläger mit der Klage abzuweisen sei“. Gleich vorweg soll auf die sprachliche Ungeschicklichkeit hingewiesen werden, die dem Gesetzgeber bei dieser Formulierung unterlaufen ist⁷⁸⁾: Ihr zufolge müßte der Tenor des Versäumnisurteils lauten:

„Der Kläger wird mit der Klage abgewiesen“, also einen Befehl (an wen?) ausdrücken und den Eindruck erwecken, als handle es sich noch gar nicht um eine endgültige Entscheidung. Wenn das Versäumnisurteil aber — wie es gar nicht anders sein kann⁷⁹⁾ — den Charakter eines Endurteils hat, dann lautet sein Tenor:

„Der Kläger wird mit der Klage abgewiesen“ und § 330 müßte dies mit der Formulierung anordnen, „daß der Kläger mit der Klage abgewiesen werde⁸⁰⁾“.

An besondere Voraussetzungen ist das aufgrund der Säumnis des Klägers ergehende Versäumnisurteil nicht geknüpft. Es bedarf insbesondere keiner sachlichen und rechtlichen Prüfung des klägerischen Vorbringens und keiner Berücksichtigung einer etwaigen Klageerwiderung. Die Säumnisfolge besteht also im unmittelbaren „Sachverlust⁸¹⁾“, die Wirkung ist die gleiche wie wenn der Kläger auf den Anspruch verzichtet hätte⁸²⁾. Dies soll aber nicht bedeuten, daß der Grundgedanke der Vorschrift etwa ein fingierter Verzicht wäre. Die Motive bemühen sich zwar, eine eigene dogmatische Rechtfertigung für die Regelung des § 330 zu finden und sprechen vom „Präjudiz des

⁷⁸⁾ Auch Sommerfeld (aaO. S. 21, Fußnote 2) weist auf diesen „sprachlichen Fehlgriß“ hin.

⁷⁹⁾ S. unten 2.

⁸⁰⁾ In dieser Weise korrigiert auch Schima (aaO. S. 182) den Gesetzestext.

⁸¹⁾ Auch Stein-Jonas-Schönke verwendet diesen Ausdruck (Anm. I vor § 330).

⁸²⁾ Mit Schönke aaO. S. 325.

Verzichts auf den Anspruch⁵³⁾“, und auch neuere Kommentare suchen oft nach einer gedanklichen Grundlage für die Regelung; so spricht Baumbach-Lauterbach von einer gerechten Konsequenz auf die versäumte Prozeßförderungspflicht⁵⁴⁾; doch erscheint es gar nicht notwendig, nach einer solchen besonderen Rechtfertigung für § 330 zu suchen⁵⁵⁾. Sie ist durch den Sinn und Zweck des Säumnisverfahrens — wie er bereits mehrfach zum Ausdruck gekommen ist —, besonders durch seine beschleunigende Funktion, in ausreichendem Maß gegeben.

Auch aus prozeßtechnischen Überlegungen heraus ist § 330 gerechtfertigt: Die Klage ist mit der bereits erfolgten Zustellung erhoben (§ 253) und daher abweisungs-fähig. Begründet kann sie aber wegen des das Verfahren beherrschenden Mündlichkeitsprinzips (§ 128 I) nur durch mündlichen Vortrag des Klägers im Verhandlungstermin — und sei es nur in Form einer Bezugnahme auf die Klageschrift (§ 137 III) — werden. Unterläßt der Kläger — im Falle seiner Säumnis — diesen Vortrag, so ist seine Klage unbegründet und daher abweisungsbedürftig, und es bedarf zur Verwirklichung dieser Konsequenz nur des (lediglich das Verfahren betreffenden, also nicht Sach-) Antrags des Beklagten auf Versäumnisurteil. Allerdings darf man nicht übersehen, daß diese verfahrenstechnische Rechtfertigung des § 330 nur für den ersten Termin zur mündlichen Verhandlung ohne Bedenken gelten kann⁵⁶⁾ und daß § 332 nicht mit ihr vereinbar ist. Zu den grundsätzlichen Bedenken, die gegen diese Vorschrift bereits vorgebracht wurden⁵⁷⁾, gesellt sich also im Hinblick auf § 330 ein weiteres.

Trotz dieser dem Gericht sehr leicht gemachten Entscheidung im Falle der Säumnis des Klägers ist es nicht der Prüfungspflichten enthoben, denen es bei jeder seiner Entscheidungen unterliegt. So wurde bereits bei der Besprechung zu Nr. 1 des § 335 als selbstverständlich herausgestellt, daß auch das Säumnisverfahren vom Grundsatz der Amtsprüfung beherrscht ist und daher diese Vorschrift als überflüssig bezeichnet⁵⁸⁾. Steht es fest, daß es an

⁵³⁾ S. 229 (Hahn aaO. S. 293): „Eine sachliche Prüfung der Klage findet nicht statt. Vielmehr hat das Gericht anzunehmen, daß der Kläger seinen Anspruch nicht aufrechterhalten wolle und so folglich die Klage abzuweisen.“

⁵⁴⁾ Anm. 1 zu § 330; ähnlich argumentiert auch Lent (aaO. S. 270): „Hier tritt der Gedanke klar hervor: Wer sich seines Prozesses nicht annimmt, verliert ihn.“

⁵⁵⁾ So auch Rosenberg (aaO. S. 495): „Diese Folge ist vom Gesetz allein an die Säumnis des Klägers geknüpft; einer Annahme eines Verzichts des Klägers bedarf es nicht“; ferner Stein-Jonas-Schönke (Anm. I zu § 330): „... eine Verwirkung kraft Gesetzes, die ihre Begründung in reinen Zweckmäßigkeitserwägungen findet“, und (Fußnote 2 zu § 331): „Die Motive suchen überflüssigerweise ihn mit der Fiktion eines Verzichts zu begründen“. Ebenso Schima (aaO. S. 183): „Es besteht kein Bedürfnis zu dieser Annahme“. Eine plausible Überlegung bringt Sommerfeld (aaO. S. 62): „Man kann nicht, um eine unmittelbar angeordnete Wirkung zu erklären, von dieser auf eine Ursache zurückzuschließen, die häufig genug in Wirklichkeit nicht vorliegt“. Verwunderlich ist es daher, daß Wieczorek (Anm. E I zu § 330) die Verzichtsfiktion wieder aufnimmt und unter Anführung der Motive davon spricht, daß der Kläger „als auf den Klageantrag verzichtend behandelt“ werde.

⁵⁶⁾ was Sommerfeld (aaO. S. 56) offenbar übersieht, wenn er § 330 in ähnlicher Weise erläutert, sich aber zu § 332 nicht äußert.

⁵⁷⁾ Oben unter I 3 c.

⁵⁸⁾ S. o. II a 2 a.

einer Prozeßvoraussetzung fehlt oder daß ein anderer von Amts wegen zu berücksichtigender Umstand — etwa ein förmliches Erfordernis der Klageschrift — nicht gewahrt ist, und ist dieser Mangel, wenn er überhaupt heilbar ist, nicht bereits aufgrund des Verhaltens des Beklagten geheilt (§§ 39, 295)⁸⁹⁾, so muß das Gericht aus diesem Gesichtspunkt und nicht aus dem des § 330 die Klage abweisen. Die Entscheidung würde dann auch bei Anwesenheit des Klägers (von seiner Möglichkeit nach § 276 abgesehen) in dieser Weise ergehen; sie beruht also nicht auf dessen Säumnis. Diese Folgerung, die der allgemeinen Meinung entspricht⁹⁰⁾, ergibt sich aus der Überlegung, daß eine Entscheidung über den Klagegegenstand selbst — und eine solche bildet, was vom Wesen des Versäumnisurteils bereits vorweggenommen werden darf, die Entscheidung nach § 330 — nur bei Vorliegen der Prozeßvoraussetzungen ergehen kann⁹¹⁾.

Die Frage, ob diese aus prozessualen Gründen gebotene Klageabweisung, weil sie nicht aufgrund der Säumnis erfolgt, ein normales (Prozeß-)Urteil, oder, weil sie wenigstens gegen die säumige Partei ergeht, ein Versäumnisurteil bildet, ist lebhaft umstritten und soll erst weiter unten erörtert werden⁹²⁾.

b) Bei der Säumnis des Beklagten ergeht das Versäumnisurteil gem. § 331 unter strengeren Voraussetzungen als bei der Säumnis des Klägers: Es kommt nur zustande, wenn das als zugestanden fingierte (§ 331 I) tatsächliche Vorbringen des Klägers den Klageantrag rechtfertigt (§ 331 II).

Das gegen den Beklagten zu erlassende Versäumnisurteil unterscheidet sich von dem gegen den Kläger ergehenden nicht unwesentlich. Während letzteres lediglich einen behaupteten, vielleicht auch — nach Beweiserhebung — erwiesenen, jedenfalls aber aus eigenem Willen vor Gericht gebrachten Anspruch verneint, erlegt ersteres Pflichten auf, die — im Falle der Leistungsklage — das Vermögen des Verurteilten beeinträchtigen, ohne daß dieser — es sei denn durch seine Säumnis — hierzu beigetragen hat. Das letztere versagt nur, was möglicherweise verlangt werden kann, das erstere aber fordert, was möglicherweise nicht verlangt werden kann. Bereits hieraus ergibt sich, daß das Versäumnisurteil gegen den Beklagten einer weiteren Voraussetzung bedarf, daß bei ihm nicht so bedenkenlos wie beim Kläger die beschleunigende Funktion des Säumnisverfahrens zum Zuge kommen kann, sondern daß der Schutz des Beklagten vor ungerechtfertigter Inanspruchnahme im Vordergrund stehen muß.

Die Geständnisfiktion oder — wie sie die Motive⁹³⁾ in gemeinrechtlicher Ausdrucksweise bezeichnen — „die affirmative Litiskontestation“ mit an-

⁸⁹⁾ Auch Rosenberg (aaO. S. 496) weist auf diese beiden Bestimmungen hin.

⁹⁰⁾ Z. B. Stein-Jonas-Schönke Anm. I, II/3 zu § 330, Wieczorek Anm. B IV zu § 330, Baumbach-Lauterbach Anm. 2 zu § 330, Rosenberg aaO. S. 486. Die Möglichkeit und Notwendigkeit einer Prozeßabweisung im Säumnisverfahren sollte gerade bei der Säumnis des Klägers nochmals hervorgehoben werden, weil sie bei der Einfachheit des nach § 330 ergehenden Versäumnisurteils leicht übersehen werden kann.

⁹¹⁾ Mit Rosenberg aaO. S. 496.

⁹²⁾ S. u. 2.

⁹³⁾ S. 229 (Hahn aaO. S. 293).

schließender Schlüssigkeitsprüfung ist nicht der einzige Weg, diesen Schutz zu verwirklichen. Er verläuft etwa in der Mitte zwischen der Fiktion des Anerkenntnisses als der dem Beklagten feindlichsten Möglichkeit, die ihm die Klageforderung ohne gerichtliche Nachprüfung auferlegt, ihm also den Schutz gänzlich versagt, und der sog. negativen Litiskontestation, der Fiktion des Bestreitens, als der dem Beklagten freundlichsten Möglichkeit, die ihm vollen Rechtsschutz gewährt. Die „negative Litiskontestation“, die das gemeinrechtliche Säumnisverfahren beherrschte⁹⁴⁾, wurde aber bereits in den neueren Gesetzeswerken des 19. Jahrhunderts, wohl wegen der durch sie bedingten Prozeßverzögerung, zugunsten der „affirmativen Litiskontestation“ aufgegeben und diese aus ihnen von der ZPO übernommen⁹⁵⁾. Schon allein diese ihre Mittelstellung beweist, daß die Geständnisfiktion die beste der sich bietenden Möglichkeiten ist, indem sie einerseits dem Kläger zu seinem (behaupteten) Recht verhilft, andererseits aber auch den Beklagten vor einer der Rechtsordnung zuwiderlaufenden Inanspruchnahme schützt.

Das nach § 331 I ZPO fingierte ist nach den gleichen Grundsätzen zu behandeln, wie das tatsächliche Geständnis. Es erfaßt also — wie die Vorschrift nochmals ausdrücklich, wenn auch nicht notwendiger —, so doch zweckmäßigerweise hervorhebt — die vom Kläger behaupteten Tatsachen, die dann keines Beweises bedürfen (§ 288) und vom Gericht nach ihrer Glaubwürdigkeit und Wahrscheinlichkeit nicht beurteilt werden dürfen. Sie sind zwar — wie alle Behauptungen — nach ihrem Inhalt hin der Auslegung fähig und bedürftig, unterliegen aber keiner weiteren (Beweis-) Würdigung⁹⁶⁾. Erfaßt werden selbstverständlich nur solche Tatsachen, die geständnisfähig sind, also nicht unmögliche oder offenkundig widerlegte Tatsachen⁹⁷⁾, auch nicht solche, die der Prüfung von Amts wegen unterliegen, weil sie für die Beurteilung von Verfahrensvoraussetzungen maßgeblich sind (wozu auf die Ausführungen zu § 335 Nr. 1 verwiesen werden kann).

Seit der Novelle von 1933, die den Parteien eine erhöhte Wahrheitspflicht auferlegte, will man durch die Geständnisfiktion des § 331 auch solche Tatsachenbehauptungen nicht erfaßt sein lassen, „die das Gericht für subjektiv unwahr, d. h. für eine Lüge hält“⁹⁸⁾. In der Tat spricht eine zum Prozeßbetrug ergangene Entscheidung des Reichsgerichts⁹⁹⁾ diese Folgerung ganz klar

⁹⁴⁾ Schima aaO. S. 125.

⁹⁵⁾ Die Motive (S. 230 — Hahn aaO. S. 294) beziehen sich auf die Prozeßordnungen von Bayern (Art. 297, 301), Württemberg (Art. 389), Baden (§ 326), Hannover (§ 368), Braunschweig (§§ 72, 113) und auf eine Reihe weiterer, im Entwurfsstadium steckengebliebener Landesregelungen.

⁹⁶⁾ Ähnlich Stein-Jonas-Schönke Anm. II zu § 331.

⁹⁷⁾ Erstere können von der Wirkung des § 288 I nicht erfaßt sein, weil dies dem selbstverständlichen Grundsatz widerspräche, daß der Richter an eine Behauptung, „die nicht wahr sein kann“, nicht herantreten darf (so mit Recht Stein-Jonas-Schönke Anm. III zu § 277); letztere sind bereits durch § 291 soweit erhärtet, daß sie keinen Beweis und damit auch keinen Gegenbeweis zulassen; sie können daher auch nicht durch die gleichstarke Geständniswirkung nach § 288 entkräftet werden (mit Stein-Jonas-Schönke aaO. und der herrschenden Meinung).

⁹⁸⁾ So Stein-Jonas-Schönke Anm. II/2 zu § 331; ähnlich Schönke aaO. S. 326 und Wieczorek Anm. A II b 2 zu § 331.

⁹⁹⁾ RGSt 72/115 (JW 1938/1385).

aus: Bisher habe der Grundsatz gegolten¹⁰⁰⁾, so wird ausgeführt, daß eine bewußt unwahre Parteibehauptung einen Prozeßbetrug begründen könne, soweit der Richter nicht seine Entscheidung ohne Rücksicht auf Glauben oder Nichtglauben zu treffen habe, wie z. B. im Versäumnisverfahren. Diese Auffassung sei aber nicht richtig: Nach der neuen Auffassung habe der Richter auch im Versäumnisverfahren das Urteil zu versagen, wenn er die Klagebehauptungen für bewußt falsch halte; bewußt unwahre Parteibehauptungen hätten nicht bloß im Scheinverfahren, sondern überhaupt keinen Anspruch auf Rechtsschutz.

Der Gedanke, der dieser reichsgerichtlichen Auffassung zugrunde liegt und im letzten zitierten Satz zum Ausdruck kommt, ist bestimmt überzeugend: Die Rechtsprechung soll sich nicht dazu hergeben, lügenhafte Parteibehauptungen — und sei es auch nur vorläufig — zu sanktionieren. Doch ist er mit dem System unseres Säumnisverfahrens bedauerlicherweise nicht vereinbar. Das Reichsgericht hat bei seiner Argumentation wohl die leidige Vorschrift des § 332 übersehen, der die Geständnisfiktion auch in einem späteren Termin eintreten und auch dann voll zur Wirkung kommen läßt, wenn eine stattgefundene Beweisaufnahme die Unwahrheit der klägerischen Behauptungen zutage gebracht hat. Der Richter ist, wie bei der Erörterung des § 332 herausgestellt wurde¹⁰¹⁾, gezwungen, das Versäumnisurteil gegen den Beklagten im Sinne der Klage zu erlassen, auch wenn er davon überzeugt ist, daß die ihr und damit seiner Entscheidung zugrunde liegenden Tatsachen nicht zutreffen. Soll er nun Überlegungen anstellen dürfen, ob dieses Nichtzutreffen dem Kläger im Zeitpunkt, zu dem er seine Behauptungen aufstellte, bewußt war? Die bloße Tatsache der Unwahrheit läßt auf die subjektive Unwahrhaftigkeit noch nicht schließen¹⁰²⁾. Bei einem solchen Schluß müßten also Erkenntnisse mitspielen, die der Richter erst im Laufe des Verfahrens, namentlich durch die Beweisaufnahme gewonnen hat^{102a)}. Dies würde aber bedeuten, daß in die Wirkung des § 331 I Elemente der Beweiswürdigung hineingetragen werden müßten, ein Ergebnis, das dem Gedanken der Geständnisfiktion zuwiderläuft. Der Richter darf sich — wie bereits hervorgehoben — nach dem Willen des Gesetzgebers und

¹⁰⁰⁾ U. a. wird auf RGSt 63/391 verwiesen.

¹⁰¹⁾ S. o. I 3 c.

¹⁰²⁾ Hierauf stützt auch Rosenberg (aaO. S. 496) seine Ablehnung der reichsgerichtlichen Auffassung. Sie scheine ihm, wie er ausführt, nicht als richtig, da ja die früheren Beweisaufnahmen und damit auch die durch sie ermöglichte Feststellung der Unwahrheit beim Erlaß des Versäumnisurteils unberücksichtigt bleiben müßten und da eine für den Kläger oder den Beklagten ungünstige Beweisaufnahme noch nicht ergebe, daß die Partei, die ihr obliegende Wahrheitspflicht, d. h. die Pflicht zur subjektiven Wahrhaftigkeit verletzt habe.

^{102a)} Aus dieser Überlegung heraus lehnen bereits die Motive (S. 230, Hahn aaO. S. 394) eine richterliche Tatsachenwürdigung ab. „Weit mißlicher“ — als eine noch zu fordernde Beweisaufnahme — „erscheint es“, so heißt es dort, „den Eintritt eines gesetzlichen Präjudizes von einem durch Beurteilung der Glaubwürdigkeit der Klagetatsachen zu bestimmenden Ermessen des Richters abhängen zu lassen, für welches in der Regel ja doch die vorausgegangene kontradiktorische Verhandlung und Beweisaufnahme eine dem Zivilprozeß entsprechende Grundlage bilden könnte.“ Eine solche Regelung wird im folgenden noch als „erfahrungsgemäß nicht sehr wertvoll“ bezeichnet und aus diesem Grunde das Prinzip u. a. des französischen Säumnisverfahrens (Art. 150 code de procedure) verworfen.

dem Sinn der von ihm als Grundlage des gegen den Beklagten zu erlassenden Versäumnisurteils geschaffenen Geständnisfiktion keine Gedanken über die Wahrscheinlichkeit und Glaubwürdigkeit der klägerischen Behauptungen machen. Auch auf das Subjektive dürfen sich solche Gedanken nicht erstrecken, da sie in gleicher Weise den Willen des Gesetzes untergraben würden.

So wenig Spielraum der richterlichen Würdigung bei den tatsächlichen Voraussetzungen des gegen den Beklagten beantragten Versäumnisurteils belassen ist — sie ist, wie gezeigt, nur auf die Auslegung beschränkt —, so viel Bedeutung kommt ihr auf der rechtlichen Seite zu. Auch im Säumnisverfahren soll — wenigstens im objektiven Sinne — Recht gesprochen werden. Nicht nur der alte Grundsatz „*iura novit curia*“, nach dem eine Übernahme auch der rechtlichen Auffassung des Klägers (etwa im Wege einer Anerkenntnisfiktion) einer Entwürdigung des Gerichts nahekommen würde, sondern auch das bereits erwähnte Schutzbedürfnis des Beklagten vor einer außerhalb unserer Rechtsordnung liegenden Inanspruchnahme erfordern dies.

§ 331 II erlaubt aus dieser Überlegung heraus den Erlaß eines im Sinne der Klage beantragten Versäumnisurteils nur, wenn das klägerische Vorbringen „den Klageantrag rechtfertigt“ und gebietet, „soweit dies nicht der Fall ist, die Klage abzuweisen“. Die richterliche Prüfungspflicht erstreckt sich also darauf, ob sich der mit der Klage erhobene Anspruch durch die vom Kläger vorgetragenen Tatsachen nach geltendem Recht untermauern läßt¹⁰³⁾ und, soweit gesetzliche Begriffe, wie z. B. „Verschulden“, „Vertretung“, „unabwendbarer Zufall“ eine Rolle spielen, inwieweit diese Tatsachen sich unter diese Begriffe nach der allgemeinen Erfahrung und den gesetzlichen Maßstäben subsumieren lassen¹⁰⁴⁾. Wegen der hier besonders deutlich in den Vordergrund tretenden Regeln der Logik hat sich für diese Prüfung die Bezeichnung „Schlüssigkeitsprüfung“ eingebürgert. Die Bezeichnung ist richtig, wenn man hierbei den wirklichen Sinn des Wortes „Schlüssigkeit“ im Auge hat. Schlüssig können nur Gedankenzusammenhänge, nicht einzelne Gedanken sein, also — wie hier — eine Klage oder eine Klageerwiderung, nicht aber ein (Klage- oder Abweisungs-)Anspruch. Auch hat Schlüssigkeit nichts mit Wahrheit zu tun¹⁰⁵⁾.

Enthält das Vorbringen des Klägers Tatsachen, die seinen geltend gemachten Anspruch im Augenblick oder für immer ausschließen, also rechtshindernde (z. B. Formmangel) oder vernichtende (z. B. Erfüllung, Aufrech-

¹⁰³⁾ Lent (aaO. S. 170) bringt für die Verneinung der Schlüssigkeit das Beispiel, daß ein Käufer Mängelbeseitigung verlangt, wogegen ihm das Gesetz nur Wandelung oder Minderung, allenfalls Schadenersatz zubilligt; viele andere Beispiele lassen sich finden, wie etwa Klage eines Verleihers auf Gebrauchsschädigung, eines Hypothekengläubigers auf Zahlung u. s. f.

¹⁰⁴⁾ Ähnlich Stein-Jonas-Schönke Anm. III/3 zu § 331.

¹⁰⁵⁾ Einleuchtend erläutert wird der Schlüssigkeitsbegriff in zwei kurzen, jüngst veröffentlichten Darlegungen (Brauer: „Zur Ausdrucksweise im Gutachten“, und Schneider: „Schlüssigkeit und Wahrheit“ JZ 57/17 und 246). Letzterer setzt sich u. a. mit Sattelmacher-Luttig-Beyer auseinander, der es als unbedenklich betrachtet, davon zu sprechen, daß z. B. „der Anspruch aus § 823 schlüssig ist“. Schneider setzt mit Recht den Begriff „schlüssig“ = „folgerichtig“.

nung...) Einreden begründen, dann sind diese, auch wenn das übrige Vorbringen schlüssig ist, in gleicher Weise zu beachten. Unbeachtlich sind dagegen Tatsachen, die den Klageanspruch erst zu Fall bringen würden, wenn sich der Beklagte auf sie beruft, also vornehmlich, wenn sie eine Einrede im Sinne des BGB z. B. Verjährung...) begründen würden. Es ist müßig, darüber Überlegungen anzustellen, ob die Klage, falls der Kläger rechtshindernde oder -vernichtende Tatsachen eingeräumt hat, nicht mehr als schlüssig betrachtet werden kann oder ob sie dann trotz Schlüssigkeit abzuweisen ist¹⁰⁶). Abweisungsbedürftig ist sie im einen wie im anderen Fall.

Abgesehen von den sprachlichen Mängeln — so kann von den §§ 330 und 331 zusammenfassend gesagt werden — sind diese Bestimmungen nach ihrem Grundgedanken und den Folgen, die sie für die säumige Partei verhängen, voll und ganz zu billigen. Die sofortige Klageabweisung bei Säumnis des Klägers ist aus der Beschleunigungsfunktion des Säumnisverfahrens heraus im öffentlichen und im Interesse des Beklagten gerechtfertigt, und die Geständnisfiktion mit anschließender Schlüssigkeitsprüfung ist zum Schutz des Beklagten und zur Sauberkeit der Rechtspflege die ausreichende, aber auch erforderliche Lösung.

Wenn man häufig liest¹⁰⁷), daß Kläger und Beklagter ungleich behandelt worden seien, daß der Kläger schlechter gestellt sei als der Beklagte, so steht das zunächst im Widerspruch zu den Motiven, wo es heißt, daß bei der im Entwurf vorgesehenen und ins Gesetz übernommenen Regelung der Gedanke der Gleichbehandlung beider Parteien verwirklicht worden sein sollte und zwar durch Gegenüberstellung der Fiktion des Verzichts auf der einen und des Geständnisses auf der anderen Seite¹⁰⁸). Dieser Widerspruch erklärt sich einerseits aus der bereits unter a) herausgestellten Überflüssigkeit einer Verzichtsfiktion, andererseits aber daraus, daß man zwei Fälle zu vergleichen sucht, die auf verschiedener Ebene liegen und daher nicht vergleichbar sind: Die Stellung des Klägers, der außer Kostentragung nichts riskiert, ist von vornherein eine andere als die des Beklagten, für den der Ausgang des Prozesses unter Umständen eine beachtliche Vermögensminderung bedeutet. Ungleiches kann aber nicht gleich behandelt werden; Überlegungen, wer im Säumnisverfahren besser gestellt ist, sind also unangebracht.

2. Das Wesen des Versäumnisurteils

Wenn bereits mehrfach hervorgehoben wurde, daß der Sinn und Zweck des Säumnisverfahrens u. a. darin besteht, den Prozeß im öffentlichen und im Interesse der Gegenpartei zu einem raschen Abschluß zu bringen, so ergibt

¹⁰⁶) Schönte (aaO. S. 326) trifft offenbar eine solche Unterscheidung, wenn er ausführt, die Klage sei dann abzuweisen, wenn das klägerische Vorbringen „entweder nicht schlüssig ist oder ihm eine rechtshindernde oder rechtsvernichtende Einrede entgegensteht“.

¹⁰⁷) So z. B. bei Baumbach-Lauterbach Anm. 1 zu § 330, Stein-Jonas-Schönke Anm. I zu § 330.

¹⁰⁸) S. 229/230 (Hahn S. 293): „Der Entwurf will die thunlichste Gleichbehandlung beider Parteien“.

sich bereits daraus der Charakter des Versäumnisurteils als *Endurteil*. Nur wenn mit dem Versäumnisurteil „über die Klage oder das Rechtsmittel endgültig entschieden wird¹⁰⁹⁾“ und es „den Streitstoff über die Instanz endgültig erledigt¹¹⁰⁾“ (wenn auch wegen des zulässigen Einspruchs nur möglicherweise), kann dem Säumnisverfahren diese prozeßbeschleunigende Funktion zukommen. Mit Recht hat das Reichsgericht daher schon in einer Entscheidung aus dem Jahre 1895¹¹¹⁾ ausgesprochen, daß ein Versäumnisurteil nicht lediglich über den Grund des Klageanspruchs ergehen könne. In einer späteren Entscheidung¹¹²⁾ hat das Reichsgericht dann betont, daß es sich beim Versäumnisurteil um eine Entscheidung handle, „die vom kontradiktorischen Urteil sich nur nach der Art ihres Zustandekommens, nicht aber dem Wesensinhalt nach“ unterscheidet. Was vom Grundurteil gilt, muß auch für alle anderen Zwischenurteile gelten, die ja nur über einen oder mehrere „Streitpunkte“ und nicht, auch nicht zum Teil, über den Streitgegenstand entscheiden¹¹³⁾. Dem steht die durch § 347 II eröffnete Möglichkeit eines sog. Versäumniszwischenurteils nicht entgegen. Einerseits findet dieses „nur ganz ausnahmsweise statt¹¹⁴⁾“, und es handelt sich hierbei um einen „kaum je praktisch werdenden Fall¹¹⁵⁾“, andererseits steht hier das Wesen des nach den §§ 330/331 ergangenen Versäumnisurteils zur Erörterung.

Als *Endurteil* kann das Versäumnisurteil *Vollurteil* oder *Teilurteil* sein; es kann also über den gesamten Rechtsstreit oder über

- a) einen von mehreren zum Zwecke gleichzeitiger Verhandlung und Entscheidung verbundenen Prozessen (§ 300 II)¹¹⁶⁾,
- b) die von einem oder gegen einen von mehreren gewöhnlichen Streitgenossen erhobene Klage (§ 61)¹¹⁷⁾,
- c) einen von mehreren nach § 260 in einer Klage geltend gemachten Ansprüchen (§ 301 I),
- d) einen Teil des — oder bei mehreren eines — Klageanspruchs¹¹⁸⁾ (§ 301 I),

¹⁰⁹⁾ So definiert Baumbach-Lauterbach (Anm. 2 D vor § 300) und

¹¹⁰⁾ so Rosenberg (aaO. S. 231) das *Endurteil*.

¹¹¹⁾ RGZ 36/428.

¹¹²⁾ RGZ 132/350.

¹¹³⁾ So definiert sie Rosenberg (aaO. S. 232).

¹¹⁴⁾ Stein-Jonas-Schönke Anm. III 2 vor § 330.

¹¹⁵⁾ Baumbach-Lauterbach Anm. 2 zu § 347.

¹¹⁶⁾ Mit Recht rechnen Marwitz-Lorenz (aaO. S. 45) diesen Fall zum *Teilurteil*. Baumbach-Lauterbach (Anm. 4 zu § 300) spricht hingegen hier vom *Vollurteil*, das eine Aufhebung der Verbindung enthalte.

¹¹⁷⁾ Das Reichsgericht spricht allerdings in einem älteren Urteil (RGZ 55/311) einer solchen Entscheidung die Eigenschaft eines *Teilurteils* ab, indem es aus dem Wortlaut des § 61 folgert, daß „nur eine äußere, rein formale Verbindung mehrerer Prozesse“ vorliege, „so daß“, wie es weiter heißt, „wenn gegenüber einem einzelnen Streitgenossen eine Endentscheidung abgegeben ist, von einem *Teilurteil* im eigentlichen Sinne nicht gesprochen werden kann“. Die heute herrschende Meinung (z. B. Rosenberg aaO. S. 231, Baumbach-Lauterbach Anm. 2 B zu § 301) spricht aber mit Recht auch hier von einem *Teilurteil*, ebenfalls Stein-Jonas-Schönke Anm. II 1 a zu § 301 und Wieczorek Anm. A zu § 301.

¹¹⁸⁾ aber dann nur, wenn der Teil des Ausspruchs „derartig deutlich bestimmt ist“, daß die Entscheidung hierüber „von dem weiteren Verlauf des Verfahrens unter keinen Umständen mehr berührt wird“ (RGZ 143/171—172). Man läßt mit Recht für

e) — bei erhobener Widerklage — die Klage oder die Widerklage (§ 301 I) ergehen. In diesen Fällen wird, wie es dem Wesen des Teilurteils entspricht, über den Entscheidungsgegenstand genauso endgültig befunden wie beim Vollurteil. Auch der Erlaß des Versäumnisteilurteils kann gemäß § 301 II nach dem Ermessen des Gerichts unterbleiben; denn der Grundgedanke dieser Vorschrift, dem Gericht die Berücksichtigung der getrennten Anfechtbarkeit und „sonstiger Erschwerungen des Verfahrens“ zu ermöglichen¹¹⁹⁾, hat besonders im Säumnisverfahren Berechtigung. Da das Versäumnisteilurteil mit dem Einspruch, das im übrigen zu erlassende Teilurteil aber mit den ordentlichen Rechtsmitteln anfechtbar ist, kann wegen des dem Einspruch fehlenden Devolutiveffekts der Fall eintreten, daß der Rechtsstreit in zwei Instanzen gleichzeitig anhängig ist. Rosenberg, der als Beispiel die Teilabweisung nach § 331 II anführt, macht den Vorschlag, das Berufungsverfahren in einem solchen Fall bis zur Verbescheidung des Einspruchs in Analogie zu § 148 auszusetzen¹²⁰⁾. Das Berufungsverfahren würde sich im Falle seiner Fortsetzung aber trotzdem nur auf den ursprünglich angefochtenen Teil des Streitgegenstandes erstrecken. Es erscheint wohl besser und einer einheitlichen Rechtsfindung dienlicher, wenn das Gericht in solchen Fällen von seinem ihm nach § 301 II eingeräumten Ermessen Gebrauch macht und den Erlaß eines Teilversäumnisurteils versagt¹²¹⁾. Der mit der gebotenen Vertagung verbundenen Verschleppungsgefahr kann dann seitens der erschienenen Partei immer noch durch Antrag auf Aktenlageentscheidung begegnet werden.

Weniger bedenklich ist der Erlaß eines Versäumnisteilurteils in den oben unter a) und b) herausgestellten¹²²⁾ und in den Fällen, in denen (aus Gründen der §§ 335 und 337) lediglich der Antrag auf Erlaß des (Voll-)Versäumnisurteils zum Teil zurückgewiesen werden muß. In diesen Fällen bleibt das Verfahren hinsichtlich des noch nicht verbeschiedenen Teils des Streitgegenstandes in der gleichen Instanz anhängig, besteht also nicht die Gefahr, daß zwei Instanzen gleichzeitig über den Ausgang des Rechtsstreits entscheiden. Überhaupt soll der Erlaß des Teilurteils die Regel und sein Unterbleiben die Ausnahme bilden, was auch für das Säumnisverfahren zu gelten hat¹²³⁾. Hat aber das Gericht — etwa aus den oben angedeuteten Bedenken heraus — das Unterbleiben des Versäumnis-Teilurteils nach § 300 II für angemessen erachtet und die mündliche Verhandlung vertagt, dann ist dieser Vertagungsbeschluß nicht etwa nach § 336 anfechtbar. Wie bei Besprechung dieser Vorschrift bereits herausgestellt wurde¹²⁴⁾, ist nach ihr ein den Erlaß

ein solches Teilurteil nur einen „individualisierten, besonderer Beurteilung zugänglichen, zu selbständiger Geltendmachung geeigneten und größtmäßig bestimmten“ (so Rosenberg aaO. S. 231) Teil des Klageanspruchs zu.

¹¹⁹⁾ So mit Recht Stein-Jonas-Schönke Anm. III zu § 301.

¹²⁰⁾ aaO. S. 497; auch Wach („Vorträge“ 1896) bringt dieses Beispiel für die Anfechtbarkeit einer im Säumnisverfahren möglichen Entscheidung, ohne aber auf die Problematik der doppelten Anhängigkeit hinzuweisen.

¹²¹⁾ Wie es (mit Marwitz-Lorenz [aaO. S. 50]) u. a. zum Grundgedanken des § 301 II gehört, widersprechende Entscheidungen zu vermeiden.

¹²²⁾ Marwitz-Lorenz (aaO. S. 45 und 52) sprechen sich mit überzeugenden Gründen dafür aus, daß das Teilurteil in diesen Fällen ergehen müsse.

¹²³⁾ Mit Stein-Jonas-Schönke Anm. III zu § 301.

¹²⁴⁾ S. o. II A 4.

eines Versäumnisurteils ablehnender Beschluß mit der sofortigen Beschwerde nur anfechtbar, wenn er sich auf Gründe des § 335 oder § 337 stützt. Die durch § 301 II dem Gericht eingeräumte Möglichkeit, ein Teilurteil abzulehnen, kann daher schon deshalb auch im Säumnisverfahren nicht vom Beschwerdegericht überprüft werden¹²⁵⁾.

Während über den bisher herausgestellten Charakter des Versäumnisurteils als Endurteil — als welches es wiederum in Form eines Voll- oder Teilurteils auftreten kann — in Wissenschaft und Rechtsprechung weitgehend Einhelligkeit besteht, ist im übrigen sein Wesen noch immer umstritten. Dies gilt vor allem insoweit, als die Frage zu beantworten ist, wann ein innerhalb des Säumnisverfahrens ergangenes Urteil ein Versäumnisurteil ist. Diese Frage ist für die Anfechtbarkeit von grundlegender Bedeutung, da sie — vom Sonderfall des § 345 abgesehen — darüber entscheidet, ob das Urteil mit Einspruch oder mit Rechtsmitteln angegriffen werden kann. Alle denkbaren Auffassungen — es sind wiederum drei — werden vertreten:

- a) Sehr naheliegend und aus der Bezeichnung „Versäumnisurteil“ zu folgern ist die Möglichkeit, jedes Urteil, das aufgrund der Säumnis ergeht, als Versäumnisurteil gelten zu lassen, ohne Rücksicht darauf, ob es den Säumigen oder den Nichtsäumigen verurteilt¹²⁶⁾.
- b) Die gegenteilige Auffassung läßt es nicht darauf ankommen, ob das Urteil aufgrund der Säumnis gesprochen wurde, sondern betrachtet es als wesentlich, daß es gegen die säumige Partei erging¹²⁷⁾.
- c) Die dritte, engste Auffassung knüpft an das Vorliegen eines Versäumnisurteils sowohl die von der zu a) als auch von der zu b) wiedergege-

¹²⁵⁾ Im Ergebnis auch Baumbach-Lauterbach Anm. 1 zu § 336; wohl auch Stein-Jonas-Schönke, wenn er sagt (Anm. I 1 zu § 336): „Die Beschwerde kann nur darauf gestützt werden, daß das Versäumnisurteil zu Unrecht abgelehnt ist, nicht aber darauf, daß das Gericht nach § 301 II abgelehnt hat, ein Teilurteil auf Versäumnis zu erlassen“.

¹²⁶⁾ Dies befürwortet Sommerfeld (aaO. S. 22), resigniert aber vor dem Übergewicht der gegenteiligen Auffassung, indem er zum Ergebnis kommt, die engere Auffassung sei in der Praxis eine derart festliegende und allgemeine, daß es sich nicht empfehle, sie anzugreifen. Auch Wach („Vorträge“ 1896, S. 191) und Kohler („Prozeßrechtliche Forschungen“ S. 60) wollen das nach § 331 II klageabweisende Urteil als Versäumnisurteil betrachtet wissen. Wach bezeichnet hierbei seine Auffassung als „ketzerisch“ und weist darauf hin, daß sie (bereits damals!) wenig Anklang gefunden habe.

¹²⁷⁾ Diese Auffassung entspricht der bis zum 159. Band konsequent durchgeführten Rechtsprechung des Reichsgerichts (richtungweisend RGZ 50/384), wenn es die Zurückweisung eines Rechtsmittels bei Säumnis des Rechtsmittelklägers immer als Versäumnisurteil betrachtet „einerlei, ob die Sache selbst oder eine Prozeßvoraussetzung in Rede steht“ (aaO.). Zu Unrecht spricht das Reichsgericht hierbei aber davon, daß auch das prozeßabweisende Urteil auf der Säumnis beruhe, „weil das Gericht lediglich auf die Behauptung des Beklagten und auf die von ihm vorgelegten Schriftstücke angewiesen“ ist (RGZ 24/433, übernommen in RGZ 50/384 ff.). Der bei den Prozeßvoraussetzungen herrschende Grundsatz der Amtsprüfung wird hierbei nicht beachtet. Mit der hier getroffenen Formulierung haben sich dem RG vor allem angeschlossen: Rosenberg (aaO. S. 493) und Baumbach-Lauterbach (Anm. 3 A vor § 330). Auch das Reichsarbeitsgericht hat diese Auffassung seiner Rechtsprechung zugrunde gelegt (z. B. JW 1934 S. 1808). Wiczorek stellt darauf ab, ob die Entscheidung „durch das Parteiverhalten noch beeinflussbar ist“ und läßt prozeßabweisendes Versäumnisurteil in den Fällen des § 273 III Nr. 3, 5 und 6 zu (Anm. B IV c 2 zu § 330).

benen Meinung geforderten Voraussetzung, verlangt also, daß das Versäumnisurteil sowohl aufgrund der Säumnis als auch gegen die säumige Partei ergehen müsse¹²⁸⁾.

Die unter a) umrissene Auffassung kann für sich ins Feld führen, daß es nicht möglich ist, die gegenteilige Auffassung aus dem Gesetz zu begründen¹²⁹⁾. Dem ist aber entgegenzuhalten, daß gerade das Schweigen des Gesetzes den Meinungsstreit heraufbeschwört und daß auch die anderen Auffassungen sich darauf berufen könnten, das Gegenteil sei aus dem Gesetz nicht nachweisbar. Das wichtigste Argument, das gegen diese Meinung spricht, ist der Umstand, daß es nach ihr auch ohne die Voraussetzungen des § 345 Versäumnisurteile geben müßte, gegen die der Einspruch nicht zulässig wäre; denn § 338 gibt nur der Partei den Einspruch, gegen die ein Versäumnisurteil erlassen wurde. Es ist richtig, daß man aus dieser Vorschrift nicht folgern kann, ein Versäumnisurteil könne nur gegen die säumige Partei erlassen werden, aber gerade die Anfechtbarkeit mittels Einspruchs soll doch ein wesentliches Merkmal des Versäumnisurteils sein¹³⁰⁾. Welchen praktischen Sinn hätte es noch, zwischen Versäumnis- und kontradiktorischem Urteil zu unterscheiden, wenn damit lediglich die Art des Zustandekommenseins und nicht auch die Art der Anfechtbarkeit zum Ausdruck gebracht werden könnte¹³¹⁾? Mit Recht wird daher heute diese weitgespannte Auffassung vom Begriff des Versäumnisurteils von keiner Seite mehr vertreten.

Die unter b) wiedergegebene Auffassung vom Wesen des Versäumnisurteils hat sich deshalb herausgebildet, weil sie bei Säumnis des Klägers nicht nur

¹²⁸⁾ Diese Auffassung ist im Schrifttum vorherrschend (worauf auch Pohle in MDR 49/418, das Reichsgericht in RGZ 159/377 und das Reichsarbeitsgericht in JW 34/1808 hinweisen). Sie wird angeführt von Stein-Jonas-Schönke (Anm. III 2, 3 vor § 330); der Oberste Gerichtshof schloß sich ihm — wenigstens bezüglich der Revisionsinstanz — in einem Urteil vom 24. 2. 49 (MDR 49/417) an. Der Bundesgerichtshof hat neuerdings in einem Urteil vom 9. 10. 57 (NJW 57/1840) auf den bestehenden Meinungsstreit hingewiesen, sich aber hierzu ausdrücklich nicht grundsätzlich äußern wollen; ebenso wie in seiner Entscheidung vom 2. 7. 57 (L. M. Nr. 2 zu § 338 ZPO). Beschränkt auf den Sonderfall der Restitutionsklage ist die nach Fertigstellung der Arbeit ergangene BGH-Entscheidung vom 10. 6. 59 (JZ 59/668), in der das gegen den säumigen Restitutionskläger auf Antrag des erschienenen Restitutionsbeklagten aus Formgründen des § 580 ergehende klageabweisende Urteil als „unechtes Versäumnisurteil, das grundsätzlich mit dem Einspruch nicht angefochten werden kann“, bezeichnet wird. Wenn auch diese höchstichterliche Äußerung zum Wesen des Versäumnisurteils nichts Grundsätzliches sagt, so kann sie doch als Indiz dafür gelten, daß der BGH der Auffassung von Stein-Jonas-Schönke beipflichtet, der auch hier (vgl. die folgenden Ausführungen) der Vorzug gegeben wird.

¹²⁹⁾ So Sommerfeld (aaO. S. 22).

¹³⁰⁾ So sprechen bereits die Motive (S. 228, Hahn aaO. S. 292) vom „ausschließlich zur Beseitigung von Versäumnisurteilen gewährten . . . Rechtsbehelf des Einspruchs“ und (aaO.) vom Versäumnisurteil als einer „Spezies des Urteils überhaupt, auf welches die allgemeinen Grundsätze über letzteres Anwendung finden“. Auch sehen die Motive im System der unbedingten Zulässigkeit des Einspruchs gegen das Versäumnisurteil „das notwendige Korrelat zu den strengen Kontumazialfolgen der §§ 285, 286“ (im heutigen Gesetz §§ 330, 331).

¹³¹⁾ Sommerfeld selbst (aaO. S. 22) gibt der Gegenmeinung auch deshalb den Vorzug, weil der engere Begriff „angibt, wann der Einspruch zulässig, oder besser, wann ein Rechtsmittel unzulässig ist“.

das gem. § 330 ohne sachliche Prüfung klageabweisende (Sach-)Urteil, sondern auch das die Klage aus prozessualen Gründen abweisende Urteil als Versäumnisurteil betrachtet wissen will. Dieses Urteil ergeht nämlich nicht aufgrund der Säumnis nach § 330, sondern aufgrund der auch im Säumnisverfahren gebotenen Amtsprüfung. Es würde in gleicher Weise bei Anwesenheit des Klägers ergehen. Daher stellt diese Meinung nur darauf ab, daß das Urteil gegen die säumige Partei ergangen ist.

Die Richtigkeit dieser Auffassung stützt Rosenberg¹³²⁾ darauf, die Notwendigkeit die Klage insbesondere wegen des Mangels einer Prozeßvoraussetzung als unzulässig abzuweisen, ergebe sich daraus, daß die Abweisung der Klage als unbegründet Sachurteil sei, also nur ergehen dürfe, wenn alle Prozeßvoraussetzungen vorlägen. Diese Begründung überzeugt nicht; denn sie besagt nur — was außer Zweifel steht — daß auch im Säumnisverfahren der Grundsatz der Amtsprüfung gilt und daß somit auch prozeßabweisende Urteile im Säumnisverfahren ergehen können; sie kann aber nicht dafür herangezogen werden, daß diese Prozeßabweisung nur im Wege eines Versäumnisurteils und nicht eines kontradiktorischen Prozeßurteils erfolgen muß. Auch die übrigen für diese Auffassung angeführten Gesichtspunkte vermögen nicht zu überzeugen. So wird darauf hingewiesen¹³³⁾, daß die Fassung des früheren § 648 Nr. 3, der dem heutigen § 708 Nr. 3 entspricht, für die Zulässigkeit von Versäumnis-Prozeßurteilen gesprochen habe, indem sie nur ein „zur Hauptsache erlassenes“ Versäumnisurteil für die Vollstreckbarkeitserklärung vorsah. Abgesehen davon, daß der Gesetzeswortlaut im Zivilprozeßrecht — wie schon mehrfach gezeigt wurde — nur eine schwache Stütze abgeben kann, noch dazu, wenn er bereits überholt ist, mag der Gesetzgeber bei dieser Formulierung nicht an das prozeßabweisende Versäumnisurteil als Gegensatz zu dem zur Hauptsache erlassenen gedacht haben, sondern an das im Gesetz selbst vorgesehene sog. Versäumniszwischenurteil, und er hat damit wohl nur zum Ausdruck bringen wollen, daß lediglich das nach den §§ 330, 331 und nicht auch das nach dem § 347 II ergangene Versäumnisurteil für vorläufig vollstreckbar erklärt werden könne. — Weiterhin wird angeführt, es verlange auch die Sicherheit des Rechtsverkehrs, daß der Begriff des Versäumnisurteils an einen rein äußerlichen Vorgang und nicht an die Entscheidungsgründe geknüpft werde, damit nicht bei unklarer Fassung derselben die Partei im Zweifel sei, ob sie zur Wahrung ihrer Rechte Einspruch oder Berufung einlegen müsse. Dies gelte um so mehr, als regelmäßig die Ausfertigung der Urteile unter Weglassung der Entscheidungsgründe erfolge und mit der Zustellung einer solchen Ausfertigung die Fristen sowohl für den Einspruch als auch für die Berufung beginnen würden¹³⁴⁾. Diese Befürchtung greift jedoch nicht durch: Der Gesetzgeber hat ihr — was hierbei offenbar übersehen wird — bereits durch die Anordnung Rechnung getragen, daß nach § 313 III Satz 2 ein Versäumnisurteil, falls es in abgekürzter Form ergehe — wovon bei Versäumnis-Vollurteilen praktisch immer Gebrauch gemacht wird —, als solches zu bezeichnen sei. Die Partei ersieht also in der Regel aus der ihr zugestellten Urteilsformel, ob es sich um ein Versäumnisurteil oder um ein kontradiktorisches

¹³²⁾ aaO. S. 496.

¹³³⁾ Wiederum von Rosenberg (aaO. S. 495) und auch von Marwitz-Lorenz (aaO. S. 98).

¹³⁴⁾ Dies ist die Argumentation von Marwitz-Lorenz (aaO. S. 99).

Urteil handelt, und ist also nicht darauf angewiesen, aus den — ihr ohnedies nicht zugänglichen — Entscheidungsgründen die Frage nach dem Angriffsmittel zu beantworten. In den seltenen Fällen eines mit Gründen ergehenden Versäumnisurteils wird dann wohl kaum der Fall eintreten, daß diese zweifelhaft sind, noch dazu, wenn es sich nur um die Frage handelt, ob aus prozessualen oder sachlichen Gründen abgewiesen wurde.

Das Reichsgericht hat zunächst richtig erkannt, daß die Frage, ob das Berufungsgericht (es kann sich beim Reichsgericht nur um die Beurteilung von zweitinstanzlichen Entscheidungen handeln) bei dem Nichterscheinen des Berufungsklägers eine unzulässige Berufung durch Versäumnisurteil oder durch kontradiktorisches Urteil als unzulässig zu verwerfen habe, davon abhängt, ob ein Versäumnisurteil nur über die materielle Sachlage oder auch über eine prozessuale Tatsache zu ergehen habe¹³⁵). In ständiger Rechtsprechung hat es diese Frage im letzteren Sinne bejaht und ein die Berufung bei Säumnis des Berufsklägers als unzulässig verwerfendes Urteil zum Versäumnisurteil erklärt, gegen das nur der Einspruch und nicht die Revision zulässig sei¹³⁶). Dennoch hat das Reichsgericht das Wesen des Versäumnisurteils darin gesehen, daß es „auf der totalen Versäumnis einer Partei beruht und deren Folgen... zur Verwirklichung bringt¹³⁷)“. Diese Definition wurde aber in einer späteren Entscheidung¹³⁸) dahingehend berichtigt, daß nunmehr gesagt wurde, man begnüge sich damit, „daß das Urteil gegen die nichterschienene Partei ergangen ist“. In dieser Entscheidung macht der bisherige eindeutige Standpunkt einer gewissen Unsicherheit Platz¹³⁹). Das Reichsgericht führt nämlich nunmehr aus, daß sich eine grundsätzliche Stellungnahme zu dieser Streitfrage erübrige. Sie habe, ohne daß das immer bemerkt worden wäre, durch die Einführung des § 331 a in der Prozeßordnung ihre Bedeutung wenigstens zum guten Teil eingebüßt. Das angefochtene Urteil (wiederum eine die Berufung bei Säumnis des Klägers als unzulässig verwerfende Entscheidung) sei weder ein echtes, noch ein unechtes Versäumnisurteil, sondern eine gem. § 331 a ZPO getroffene Entscheidung nach Lage der Akten. Ganz abgesehen davon, daß diese „Patentlösung“ mit Recht angegriffen wird¹⁴⁰), kann diese Abkehr vom bisherigen Standpunkt als Anzeichen für einen bevorstehenden Wechsel in der reichsgerichtlichen Auffassung angesehen¹⁴¹) und diese Entscheidung somit nicht mehr für die Richtigkeit der unter b) wiedergegebenen Auffassung vom Wesen des Versäumnisurteils herangezogen werden¹⁴²).

Wenn somit keines der Argumente, die für die unter b) herausgestellte Meinung vorgebracht werden, die nötige Überzeugungskraft besitzt, dann

¹³⁵) RGZ 50/386.

¹³⁶) So in RGZ 6/364; 24/433; 21/404, 432; 39/411; 50/384; 140/77.

¹³⁷) RGZ 50/388.

¹³⁸) RGZ 159/358.

¹³⁹) die auch Pohle in MDR 49/417 vermerkt.

¹⁴⁰) So z. B. von Stein-Jonas-Schönke (Anm. III/3 vor § 330): „Das unechte Versäumnisurteil ist keine Entscheidung nach Lage der Akten; denn es ergeht ausschließlich aufgrund des vorgetragenen bzw. in Bezug genommenen Streitstoffes, also unter Außerachtlassung etwaiger schriftlicher Äußerungen“.

¹⁴¹) Mit Pohle (MDR 49/418) und dem Bundesgerichtshof (NJW 57/1840).

¹⁴²) wie es Baumbach-Lauterbach tut (Anm. 3 A vor § 330).

darf man wohl nur die unter c) wiedergegebene Auffassung vom Wesen des Versäumnisurteils als richtig anerkennen. Sie geht davon aus, die Vorschriften der §§ 330 ff seien von dem Gedanken getragen, die Folgen einer Säumnis zu regeln¹⁴³⁾, und ein Versäumnisurteil sei demnach nur ein gegen die säumige Partei aufgrund und unter Verwirklichung der gesetzlichen Säumnisfolgen gesprochenes Urteil¹⁴⁴⁾. Die Säumnisfolgen bestünden bei Säumnis des Klägers in Klageabweisung ohne sachliche Prüfung und bei Säumnis des Beklagten in der Entscheidung aufgrund der als zugestanden angenommenen klägerischen Behauptungen. Andere Urteile müßten als „kontradiktorische Urteile im Säumnisverfahren“, besser „unechte Versäumnisurteile“ gelten, die nur mit den ordentlichen Rechtsmitteln anfechtbar seien¹⁴⁵⁾. In der Tat läßt sich kein überzeugender Grund dafür finden, warum die Verneinung der Zulässigkeit einer Klage bei Säumnis des Klägers eine andere Wirkung haben soll als bei seiner Anwesenheit, indem im ersteren Falle ein lediglich mit Einspruch anfechtbares Versäumnisurteil, im letzteren Falle ein nur mit den Rechtsmitteln anzugreifendes kontradiktorisches Prozeßurteil ergehen soll. Dies muß — jedenfalls seit Gültigkeit der §§ 519 b und 554 a ZPO — auch für die Rechtsmittelinstanz gelten¹⁴⁶⁾. Wenn Pohle in seiner eingehenden Anmerkung zu der vom Standpunkt des Reichsgerichts abweichenden Entscheidung des Obersten Gerichtshofes¹⁴⁷⁾ sich zwar einerseits entschieden für die Richtigkeit der unter c) wiedergegebenen Auffassung ausspricht, andererseits aber ausführt, es scheine ihm nicht schlechthin unzulässig zu sein, Prozeßabweisungen auch durch ein Versäumnisurteil auszusprechen, so kann ihm der gleiche Vorwurf der Inkonsistenz nicht erspart bleiben wie er das Reichsgericht trifft. Indessen sind aber die „praktischen Bedürfnisse“, die er für diesen widerspruchsvollen Kompromiß anführt, gar nicht überzeugend. So meint er, ein solches Bedürfnis bestünde z. B., wenn der Beklagte vor das örtlich unzuständige Gericht gezogen sei; er könne dann ein Interesse an einer rein prozessualen Abweisung des Klägers haben, weil dieser eine Prozeßabweisung hinnehmen werde, während er bei einer Sachabweisung Einspruch einlegen würde. Es leuchtet nicht ein, warum sich aus dieser Überlegung die Notwendigkeit einer Prozeßabweisung durch Versäumnisurteil ergeben soll. Es steht ja nicht die Frage zur Erörterung, ob in einem solchen Falle Prozeß- oder Sachabweisung geboten ist, sondern ob die gebotene Prozeßabweisung als Versäumnis- oder kontradiktorisches Prozeßurteil ergehen soll. Und hier kommt die Überlegung, daß der säumige Kläger eine Prozeßabweisung im Gegensatz zu einer Sachabweisung hinnehmen würde genauso zum Zuge, wenn diese Prozeßabweisung statt durch Versäumnis- durch kontradiktorisches Prozeßurteil erfolgt. Wenn der säumige Kläger die Prozeßabweisung hinnimmt, spielt es keine Rolle, ob er sie mit dem Einspruch oder mit der Berufung angreifen müßte. Als weiteres Argument für die Zulässigkeit von Versäumnis-Prozeßurteilen bringt Pohle die Überlegung, daß man den Beklagten in eine üble Situation

¹⁴³⁾ So Pohle in MDR 49/418.

¹⁴⁴⁾ So Stein-Jonas-Schönke Anm. III/2 vor § 330.

¹⁴⁵⁾ Stein-Jonas-Schönke aaO.

¹⁴⁶⁾ So der OGH in MDR 49/417.

¹⁴⁷⁾ MDR 49/117 f.

bringe, indem man von ihm den Antrag auf ein Versäumnis-Sachurteil verlange und darin gleichzeitig den Verzicht auf die verzichtbaren Rügen von Prozeßmängeln sehe. Der Beklagte ist aber gar nicht gezwungen, einen (Haupt-)Antrag auf Versäumnisurteil zu stellen, wenn er Prozeßmängel rügen kann. Er kann unter ihrer Geltendmachung abweisendes (kontradiktorisches) Prozeßurteil beantragen und, um sich seine „Rechte“ aus der Säumnis des Klägers zu sichern, hilfsweise Versäumnisurteil.

Es ist also nicht nötig, wie es Pohle tut, den unter c) herausgestellten und nunmehr als richtig erkannten Grundsatz vom Wesen des Versäumnisurteils dadurch zu durchbrechen, daß man prozeßabweisende Versäumnisurteile — und sei es nur in Ausnahmefällen — zuläßt.

Die Auffassung, das Versäumnisurteil müsse nicht nur gegen die säumige Partei, sondern auch aufgrund der Säumnis ergehen, ist nicht nur die einzige, die durch dogmatische Gesichtspunkte gestützt werden kann, sondern sie rechtfertigt sich auch aus rein praktischen Überlegungen: Das Versäumnisurteil als besondere „Spezies des Urteils¹⁴⁸⁾“ besitzt mit der vorläufigen Vollstreckbarkeit einerseits und der leichten Beseitigung durch den Einspruch andererseits Eigentümlichkeiten, die es notwendig machen, seine Zulässigkeit auf bestimmte, eng umgrenzte Fälle zu beschränken¹⁴⁹⁾. Diese Notwendigkeit zeigt sich vor allem in der Rechtsmittel- und hier wiederum namentlich in der Revisionsinstanz. Dort wäre ein bei Säumnis des Revisionsklägers ergangenes prozeßabweisendes Urteil, wenn es als Versäumnisurteil erginge, mit dem Einspruch nochmals angreifbar, während es als kontradiktorisches Prozeßurteil keiner Anfechtbarkeit mehr ausgesetzt wäre¹⁵⁰⁾.

Damit ist auch die Frage beantwortet, ob die Eigenschaft, immer Sachurteil zu sein, zum Wesen des Versäumnisurteils gehört. Wenn es als richtig erkannt wurde, daß das Versäumnisurteil im Sinne der unter c) wiedergegebenen Auffassung nur ein Urteil ist, das gegen die säumige Partei ergeht und ihre Säumnis zugrunde legt, dann verwirklicht es immer die in den §§ 330, 331 festgelegten Säumnisfolgen¹⁵¹⁾. Diese wurden unter I dahingehend herausgestellt, daß sie für den Kläger in Sachabweisung nach § 330, für den Beklagten in Verurteilung aufgrund der als zugestanden fingierten und als schlüssig erkannten klägerischen Behauptungen bestehen. Das Versäumnisurteil entscheidet also sowohl im Falle des säumigen Klägers als auch im Falle des säumigen Beklagten über den Klageanspruch, ist also stets Sachurteil.

Der klaren Entscheidung für oder gegen diese Sachurteileigenschaft des Versäumnisurteils, die zu dem besprochenen, noch immer bestehenden

¹⁴⁸⁾ S. 228 der Motive (Hahn aaO. S. 292).

¹⁴⁹⁾ Bereits bei Behandlung des § 333 wurde herausgestellt, daß dem Fortgang des Rechtsstreits am meisten gedient ist, wenn das Säumnisverfahren in engen Grenzen bleibt (s. dazu unter I 3 a).

¹⁵⁰⁾ Diese Überlegung macht auch der Oberste Gerichtshof zur Grundlage seiner mit Recht vom Standpunkt des Reichsgerichts abweichenden Auffassung (MDR 49/418); auch der BGH hebt diesen Umstand in einer neueren Entscheidung (Urteil v. 2. 7. 57, LM Nr. 2 zu § 338 ZPO) hervor.

¹⁵¹⁾ Mit Stein-Jonas-Schönke Anm. III/2 vor § 330.

Meinungsstreit geführt hat, wollte eine in den ersten Jahrzehnten nach dem Inkrafttreten der ZPO um sich greifende Theorie dadurch aus dem Wege gehen, daß sie bei Säumnis des Klägers in jedem Falle Klageabweisung durch Versäumnisurteil verlangte, ohne dem Gericht eine vorherige Prüfung und Bejahung der Prozeßvoraussetzungen aufzuerlegen¹⁵²⁾. Sie stützte sich darauf, dem Kläger obliege in jedem Falle der Nachweis der Prozeßvoraussetzungen, auch im Falle einer Säumnis, und er dürfe, auch wenn Zweifel an ihrem Vorliegen bestünden, vom Beklagten nicht verlangt werden, so daß auch in diesem Falle klageabweisendes Versäumnisurteil ergehen könne. Eine Prüfung, ob solche Zweifel bestehen, sei also gar nicht notwendig.

Diese Theorie läßt es also bewußt offen, ob im Einzelfall die Klage aus Prozeßmängeln als unzulässig oder unter Verwirklichung der Säumnisfolgen als unbegründet abgewiesen wird. Sie ist aus den gleichen Gründen abzulehnen wie die — mit ihr vergleichbare — Stölzelsche Klageabweisungstheorie bei Prozeßaufrechnung, nämlich aus Gründen der Rechtskraftwirkung. Diese wäre nämlich, wenn es in jedem Falle offenbleiben würde, ob es sich um ein sach- oder prozeßabweisendes Urteil handelt, gar nicht zu ermessen und alle Gefahren einer *incerta sententia* wären heraufbeschworen¹⁵³⁾. Es ist daher nur zu begrüßen, wenn diese verhängnisvolle Theorie nicht weiter an Boden gewonnen hat und auch das Reichsgericht ihr wieder den Rücken kehrte.

Die Gefahr der *incerta sententia* besteht übrigens auch bei der oben unter b) wiedergegebenen Auffassung, weshalb sich ihre Vertreter befleißigen zu fordern, es müsse erkennbar sein, ob das Versäumnisurteil die Klage als unzulässig oder als unbegründet zurückweise¹⁵⁴⁾. Dieser Forderung könnte bei der abgekürzten Form des Versäumnisurteils nach § 313 III, welche durchaus die Regel bildet, nur dadurch nachgekommen werden, daß die Beifügung „... als unbegründet ...“ oder „... als unzulässig ...“ jeweils in den Tenor aufgenommen wird; denn des Tatbestandes und der Entscheidungsgründe bedarf es in diesem Falle nicht (§ 313 III S. 3). Zu dieser Folgerung wird sich aber die Praxis, die sich nach wie vor mit der Formulierung: „die Klage wird abgewiesen“ begnügt, nur schwerlich durchringen können. Die hier bevorzugte Auffassung erweist sich demnach auch aus praktischen Gesichtspunkten als die richtige.

Wenn den §§ 330, 331 — wie die unter I angestellten Überlegungen gezeigt haben — bezüglich ihres Grundgedankens und der für die säumige Partei

¹⁵²⁾ Dieser Theorie, die von Moedler (GruchBeitr. Bd. 26/178 ff) angeführt wurde, hat sich auch das Reichsgericht in einer Entscheidung (RGZ 12/364 ff) angeschlossen.

¹⁵³⁾ So auch Sommerfeld aaO. S. 23.

¹⁵⁴⁾ So Rosenberg (aaO. S. 496): „Das Gericht wird zweckmäßigerweise bei der Abweisung der Klage zum Ausdruck bringen müssen, ob es die Klage als unbegründet oder als unzulässig abweist, weil die Bedeutung des rechtskräftig gewordenen Versäumnisurteils in beiden Fällen ganz verschieden ist“, und Marwitz-Lorenz (aaO. S. 98): „Daß die Abweisung wegen eines Prozeßmangels erfolgt, muß wenigstens in den Urteilsgründen klar zum Ausdruck gebracht werden, da nur dann festgestellt werden kann, ob eine der materiellen Rechtskraft fähige Entscheidung ergangen ist oder nicht“.

verhängten Folgen zugestimmt werden kann, dann verdienen diese Vorschriften, um nochmals zusammenzufassen, insoweit doch einen Vorwurf, als sie die Frage nach dem Wesen des Versäumnisurteils unbeantwortet lassen. Ein klarer Wortlaut, wie er etwa durch die Einfügung eines auf die Möglichkeit der Prozeßabweisung hinweisenden Nebensatzes in § 330 hätte leicht erreicht werden können, hätte den noch immer nicht abgeebbten Meinungsstreit, den unsere höchstgerichtliche Rechtsprechung leider auf sich beruhen läßt¹⁵⁵⁾, vermeiden können. Eine für die Praxis grundlegende wichtige Frage bleibt also weiterhin der Wissenschaft überlassen.

C. Die Entscheidung nach Lage der Akten

1. Abgrenzung und Wesen der Aktenlageentscheidung

Bereits der Ausdruck „Entscheidung nach Lage der Akten“, den das Gesetz an zwei Stellen, nämlich im § 331 a und im § 251 a verwendet, bedarf der Kritik. Ihm zufolge dürfte eine solche Entscheidung immer dann, aber auch nur dann vorliegen, wenn

- a) das Gericht Aktenmaterial als Grundlage der Entscheidung heranzieht, das nicht Gegenstand einer mündlichen Verhandlung war, und
- b) als Entscheidungsgrundlage nur Prozeßstoff in Frage kommen darf, der sich (in Form von Schriftsätzen oder Protokollen) in den Akten niedergeschlagen hat.

Man müßte also, um dem Erfordernis zu a) Genüge zu tun, noch zwei weitere Fälle in den Begriff der Aktenlageentscheidung einbeziehen, nämlich den Fall des § 128 II, in dem nach dem Willen der Parteien auf die mündliche Verhandlung verzichtet wird, und den Fall des § 272 a, nach dem eine durch neues, gegnerisches Vorbringen überraschte Partei sich hierzu nochmals im Wege eines nachgereichten Schriftsatzes äußern darf¹⁵⁶⁾. Man wird aber im Interesse einer leichteren Unterscheidung der einzelnen Entscheidungsmöglichkeiten besser daran tun, von einer solchen Ausdehnung des Begriffs Abstand zu nehmen und ihn auf die Fälle zu beschränken, in denen das Gesetz selbst von „Entscheidung nach Lage der Akten“ spricht, also auf die Fälle der Säumnis einer Partei (§ 331 a) und beider Parteien (§ 251 a). Die Aktenlageentscheidung bleibt dann, was sie nach dem Willen des Gesetzes sein soll, eine Säumnisentscheidung. Außerdem fordert entgegen der unter b) herausgestellten Folgerung die heute herrschende Meinung mit Recht, daß auch der (wegen der Beschränkung des Protokollinhalts auf die Formalien durch § 160 ZPO) nicht aktenkundige Inhalt früherer mündlicher Verhandlungen als Grundlage der Aktenlageentscheidung herangezogen werden kann¹⁵⁷⁾. Dies wird überzeugend darauf gestützt, daß ansonsten die

¹⁵⁵⁾ wie abermals das jüngste BGH-Urteil in NJW 57/1840 zeigt.

¹⁵⁶⁾ De Boor („Die Entscheidung nach Lage der Akten“ 1924) ist dieser Konsequenz gefolgt und bezieht in seine Untersuchung neben den Fällen der §§ 251 a und 331 a auch die der §§ 272 a und 128 II (damals § 7 EntlastungsVO) ein.

¹⁵⁷⁾ So Rosenberg aaO. S. 504, Wieczorek Anm. B II zu § 331 a, Baumbach-Lauterbach Anm. 3 D zu § 251 a, Sommerfeld aaO. S. 34, De Boor aaO. S. 36 u. a. Die gegenständige Ansicht vertreten unter zu enger Anlehnung an den Begriff der Aktenlage z. B. Wach (DJZ 1924/249) und Delius („Recht“ 1924/99). Ihre Auffassung hat sich jedoch mit Recht nicht durchgesetzt (mit Sommerfeld aaO. S. 34).

vorbereitenden Schriftsätze samt und sonders herangezogen werden müßten, ohne daß ihre etwaige, in der darauffolgenden mündlichen Verhandlung vorgenommene Korrektur berücksichtigt werden könnte¹⁵⁸). Man muß daher von vornherein davon ausgehen, daß die Bezeichnung der dem Gericht in den Säumnisfällen der §§ 251 a und 331 a eingeräumten Entscheidungsmöglichkeit als „Entscheidung nach Lage der Akten“ zumindest ungeschickt ist, wenn nicht sogar — wie Rosenberg sagt — „unrichtig und irreführend¹⁵⁹)“. Dies ist umso bedauerlicher, als es bestimmt nicht schwer gewesen wäre, eine die aufgezeigten Zweifel ausschließende Bezeichnung zu finden, wie sie etwa in der Benennung als „Entscheidung nach dem Streitstand“ bestehen würde¹⁶⁰).

Die Aktenlageentscheidung ist nicht — wie das Versäumnisurteil — eine Entscheidung eigener Art. Sie unterscheidet sich auch nicht nach Form, Inhalt und Wirkung von einer aufgrund mündlicher Verhandlung ergangenen Entscheidung; so ist sie, wenn sie als Urteil ergeht, mit den ordentlichen Rechtsmitteln anfechtbar. Ihre Eigenart besteht vielmehr in den besonderen Voraussetzungen und Entscheidungsgrundlagen¹⁶¹) (die unter 2. näher herausgestellt werden sollen).

Allerdings besteht noch keine Einhelligkeit darüber, was alles das Gericht im Wege der Entscheidung nach Lage der Akten anordnen kann. Feststeht, daß grundsätzlich dem Gericht die Art der Aktenlageentscheidung freigestellt ist und daß jede nach der ZPO zulässige Entscheidung grundsätzlich in Frage kommen kann¹⁶²), aber eben nur „grundsätzlich“:

- a) Aus § 251 a II, demzufolge das Gericht bei Nichtergehen einer Aktenlageentscheidung die Verhandlung vertagen oder das Ruhen des Verfahrens anordnen kann, folgert man, daß diese beiden Entscheidungsarten, ein Vertagungsbeschluß oder die Anordnung des Ruhens, nicht Gegenstand einer Aktenlageentscheidung sein können.
- b) Auch ein Aufklärungsbeschluß nach § 279 a und die Anordnung des persönlichen Erscheinens der Parteien nach § 141 soll nach einer verbreiteten Auffassung¹⁶³) keine Aktenlageentscheidung bilden können. Diese Auffassung wird darauf gestützt, daß es Wesen der Aktenlageentscheidung sei, den Prozeß ohne mündliche Verhandlung zu fördern, daß aber derartige Anordnungen gerade eine weitere mündliche Verhandlung notwendig machen würden. Außerdem seien gerade diese Entscheidungen

¹⁵⁸) So De Boor (aaO. S. 36): „Der Richter müßte also eine Behauptung, die im Schriftsatz zugestanden worden ist, als zugestanden ansehen, obwohl der Schriftsatz in der mündlichen Verhandlung nicht vorgetragen worden ist, die Erörterung vielmehr dazu geführt hat, daß die Partei die Behauptung bestritt ...“

¹⁵⁹) aaO. S. 504; auch Sommerfeld (aaO. S. 34) spricht von einem „sprachlichen Fehlgriß des Gesetzes“.

¹⁶⁰) Rosenberg (aaO. S. 504) schlägt auch die Bezeichnung als „Entscheidung nach Lage des Verfahrens“ oder „... nach Lage der Verhandlungen“ vor. Die letztere Bezeichnung bringt aber nicht die Einbeziehung auch schriftlichen Prozeßstoffes zum Ausdruck, die eine wesentliche Eigenart der Aktenlageentscheidung bildet (s. dazu unter C 2).

¹⁶¹) Ähnlich Rosenberg aaO. S. 501.

¹⁶²) So De Boor (aaO. S. 64).

¹⁶³) De Boor (aaO. S. 65), Sommerfeld aaO. S. 40; lediglich den Aufklärungsbeschluß verneint Stein-Jonas-Schönke (Anm. III zu § 251 a).

Beweis dafür, daß das Gericht keinerlei Entscheidungsreife als Voraussetzung der Aktenlageentscheidung gefunden habe¹⁶⁴⁾.

Die unter b) umrissene Auffassung wird mit Recht von der herrschenden Meinung¹⁶⁵⁾ verworfen. Aufgabe der Entscheidung nach Lage der Akten ist es eben nur, nach Möglichkeit den Fortgang des Verfahrens zu fördern und gerade die Beurteilung dieser Möglichkeit führt ja zur Aktenlageentscheidung. Warum soll, wenn diese Möglichkeit vom Gericht verneint wird, es sich nicht mehr um eine Aktenlageentscheidung handeln dürfen? Ein Aufklärungsbeschluß oder Anordnungsbeschluß nach § 141 kann doch genauso aufgrund Beurteilung des Akteninhalts zustandegekommen sein wie etwa ein Beweisbeschluß oder ein Urteil. Weshalb soll also das Gericht den Antrag auf Aktenlageentscheidung erst zurückweisen müssen und dann den Aufklärungsbeschluß erst erlassen dürfen? Nur schwerlich wird man die Praxis zu der Überlegung, ob durch die zu treffende Entscheidung eine mündliche Verhandlung erspart wird oder nicht, bewegen können. Außerdem beruht diese Auffassung auf einer Verkennung des Begriffs der Entscheidungsreife¹⁶⁶⁾.

Auch die unter a) herausgestellte Einschränkung, die sich lediglich auf das Gesetz stützt¹⁶⁷⁾, ist nicht zu billigen. Es zeigt sich bei näherer Überlegung, daß uns das Gesetz auch hier wenn nicht auf Irrwege, so doch auf Umwege führt: Wenn, wie gesagt, die Eigenart der Aktenlageentscheidung nicht in ihrem Inhalt, sondern in ihrem Zustandekommen besteht, dann darf aus der Formulierung des § 251 a II auch kein Schluß auf ihren zulässigen Inhalt gezogen werden. Sinn des § 251 a II ist es nur, zum Ausdruck zu bringen, daß die Aktenlageentscheidung im Fall der Säumnis beider Parteien im Ermessen des Gerichts steht¹⁶⁸⁾, daß es also im Ermessen des Gerichts steht, den Akteninhalt auf die angebrachte Entscheidung hin zu überprüfen oder — ohne eine solche Überprüfung — gleich vorweg die Verhandlung zu vertragen oder das Ruhen anzuordnen. Die Vorschrift will nicht zum Ausdruck bringen, daß das Gericht, wenn es sich freiwillig — im Fall des § 251 a — oder unfreiwillig — im Fall des § 331 a — zu einer solchen Überprüfung entschließt, nicht auch aufgrund dieser Überprüfung zu einer dieser beiden Entscheidungen kommen könnte, und daß dann die Entscheidung nicht als Aktenlageentscheidung angesprochen werden dürfte. Es können sich aus den letzten vorbereitenden Schriftsätzen z. B. Gründe für die Anordnung des Ruhens nach § 251 ergeben. Soll das Gericht im Fall des § 331 a, wenn es zu diesem Ergebnis kommt, den Antrag auf Aktenlageentscheidung zurückweisen müssen? Welchen praktischen Sinn hätte eine solche Zurückweisung, wo sie nach § 336 II ohnehin unanfechtbar ist? Gerade der Ge-

¹⁶⁴⁾ So De Boor aaO. S. 65.

¹⁶⁵⁾ Angeführt von Rosenberg (aaO. S. 501), der sowohl den Aufklärungsbeschluß als auch die Anordnung des persönlichen Erscheinens unter seinen Beispielen aufzählt.

¹⁶⁶⁾ Siehe dazu unter 2.

¹⁶⁷⁾ So begnügt sich Rosenberg mit dem Hinweis auf die Gegenüberstellung der beiden in § 251 a II genannten Entscheidungen mit der Aktenlageentscheidung; ähnlich argumentiert Sommerfeld (aaO. S. 39) und spricht von einer besonderen Bedeutung des Wortes „Entscheidung“ gegenüber dem üblichen ZPO-Begriff.

¹⁶⁸⁾ Auch Rosenberg (aaO. S. 502) sieht hierin den einzigen Unterschied zwischen § 251 a und § 331 a.

danke an § 336 II zeigt, daß es untunlich ist, den Inhalt der Aktenlageentscheidung zu begrenzen. Es hat keinen praktischen Sinn, einen Zurückweisungsbeschluß — und ein solcher müßte im Falle des § 331 a dann ergehen — über die nach §§ 335, 337 bestehenden Möglichkeiten hinaus aus Gründen eines unzulässigen Inhalts zu fordern. Auch dogmatische Überlegungen zwingen nicht zu einer solchen Folgerung, weil sie sich nur auf die — wie gezeigt unrichtige — Auslegung des § 251 a II stützen können.

Die Aktenlageentscheidung kann daher ohne Vorbehalt den Sinn haben, der ihr nach dem Zweck ihrer Einführung und nach dem Willen des Gesetzgebers zukommt: Sie ist ein Mittel, das es dem Richter ermöglicht, jeder Lage des Verfahrens gerecht zu werden¹⁶⁹). Sie kann zum Inhalt „alle Ansprüche des Gerichts“ haben, „die auf einer rechtlichen und tatsächlichen Würdigung des Prozeßstoffes beruhen“¹⁷⁰).

Freilich ließ sich ein solches Machtmittel in der Hand des Richters, wie es die Aktenlageentscheidung ist, nicht in die ZPO einbauen, ohne daß dadurch einige ihrer wesentlichsten Leitgedanken erschüttert wurden. Die Herrschaft der Parteien, Mündlichkeit und Öffentlichkeit des Verfahrens waren bislang unangetastete Grundelemente des Zivilprozesses gewesen. Sie hatten sich als Ausfluß der liberalen Staatsidee des ausgehenden 19. Jahrhunderts in der ZPO niedergeschlagen. Gerade zu dieser Zeit begann sich aber der Gedanke des Sozialstaates mehr und mehr durchzusetzen, so daß die Zivilprozeßordnung in ihrer Grundkonzeption bereits im Zeitpunkt ihres Inkrafttretens zumindest zweifelhaft geworden war¹⁷¹) — ein Schicksal, das sie übrigens mit dem BGB gemeinsam hatte¹⁷²).

So war bereits nach einigen Jahrzehnten die Reformbedürftigkeit des Zivilprozesses so offenkundig und der Ruf nach einer Stärkung der Richtermacht so laut geworden, daß sich der Gesetzgeber zum Einschreiten gezwungen sah. Vor allem im Säumnisrecht hatte die Parteidisposition unter Ausnützung der nach §§ 332, 338 gegebenen Möglichkeiten (abwechselnde Säumnis und Einspruch) häufig zu einer Verschleppung der Prozesse geführt, der das Gericht machtlos gegenüberstand. Es schien daher von vornherein klar, daß eine Abhilfe nicht geschaffen werden konnte, ohne den „liberalen“ Prozeßmaximen Gewalt anzutun.

Ob die Novelle von 1924 mit Einführung der Aktenlageentscheidung hierbei den richtigen Weg beschritten hat, läßt sich mit guten Gründen bezweifeln. Vor allem wird dieser Neuregelung der Vorwurf gemacht, auf halbem Wege stehengeblieben zu sein¹⁷³). Die Aktenlageentscheidung ergeht nämlich einerseits aufgrund der Ergebnisse der früheren mündlichen Verhandlung, andererseits aufgrund des noch nicht Gegenstand einer mündlichen

¹⁶⁹) Mit Sommerfeld aaO. S. 40.

¹⁷⁰) So umreißt die Aktenlageentscheidung Stein-Jonas-Schönke in Anm. III zu § 251 a; ähnlich Sommerfeld aaO. S. 39; Rosenberg (aaO. S. 501) spricht von „jeder Entscheidung, die eine mündliche Verhandlung voraussetzt“, Wieczorek von „Entscheidungen aller Art“ (Anm. B II a zu § 331 a).

¹⁷¹) Ähnlich De Boor aaO. S. 7.

¹⁷²) Aufschlußreich sind hierzu die jüngsten Untersuchungen Raisers („Vertragsfreiheit heute“ JZ 1958/1 ff).

¹⁷³) Z. B. Stoll: „Reformfragen des Säumnisverfahrens“ DJZ 1934/302 f; auch De Boor (aaO. S. 5) spricht von einer „überstürzten Teilnovelle“.

Verhandlung gewordenen, lediglich schriftlich vorgetragenen Akteninhalts, enthält also eine Vermischung von Mündlichkeit und Schriftlichkeit¹⁷⁴⁾. Der Gesetzgeber hat es wohlweislich unterlassen, dieses eigentliche Wesen der Aktenlageentscheidung, ihre Grundlagen und das Verfahren, das zu ihr führt, genauer festzulegen¹⁷⁵⁾, so daß Rechtsprechung und Wissenschaft nichts anderes vorgesetzt bekamen, als das dürre — und wie gezeigt noch dazu mißverständliche — Wort „Entscheidung nach Lage der Akten“. Kein Wunder also, daß diese Art des Gesetzmachens in Kreisen der damaligen Rechtslehrer auf schärfste Ablehnung stieß¹⁷⁶⁾.

Mittlerweile sind dreieinhalb Jahrzehnte seit Geburt der Aktenlageentscheidung ins Land gegangen, und man ist schon deshalb geneigt, diesen Fremdkörper im Gefüge unseres Zivilprozeßrechts mit etwas versöhnlicheren Augen zu betrachten als die damaligen Kritiker. Das Provisorium von damals¹⁷⁷⁾ ist Selbstverständlichkeit geworden, freilich nicht, ohne eine gründliche Läuterung durch Rechtsprechung und Lehre erfahren zu haben¹⁷⁸⁾.

Immerhin drängt sich die Frage auf, ob nicht ein besserer Weg hätte beschritten werden können oder — de lege ferenda — beschritten werden könnte. Sie ist — jedenfalls für den Fall einseitiger Säumnis — zu bejahen. Man hätte, um einer Prozeßverschleppung zu begegnen, nicht unbedingt eine nach dem Willen der erschienenen Partei herbeiführbare zweite Art der Säumnisentscheidung schaffen müssen; es wäre eine naheliegendere, einfachere und fruchtbarere Reformmaßnahme gewesen, den — schon mehrfach als verhängnisvoll erkannten — § 332, also die Möglichkeit eines Versäumnisurteils im späteren Termin, abzuschaffen. Auch hätte es längst keine solch tiefgreifende Erschütterung unseres Prozeßgefüges bedeutet, diese Überspitzung des Mündlichkeitsprinzips zu beseitigen als eine Aktenlageentscheidung einzuführen¹⁷⁹⁾.

Zusammenfassend läßt sich feststellen, daß dem Gesetzgeber mit Einführung der Aktenlageentscheidung kein guter Griff gelungen ist. Einerseits ist die Bezeichnung selbst irreführung und bedarf der genaueren Abgrenzung, andererseits paßt sich die Aktenlageentscheidung mit ihrem Officialcharakter

¹⁷⁴⁾ So auch Rosenberg (aaO. S. 502) und Schima (aaO. S. 205).

¹⁷⁵⁾ Curtius („Parlamentarisches zur Zivilprozeßreform“ JW 1924/357) weist darauf hin, daß man sich bereits im Rechtsausschuß vergeblich um eine Formulierung der Definition bemühte und daß man daraufhin von einer solchen im Gesetz auf Anraten des Justizministeriums Abstand nahm.

¹⁷⁶⁾ De Boor (aaO. S. 3): „Die Reichsregierung“ — damals zum Gesetzgeber ermächtigt — „überläßt es der Praxis, das Unmögliche dennoch möglich zu machen“; Wach (DJZ 1924/249) ruft aus, es sei alles auf den Kopf gestellt, und die Folgen seien unabsehbar; in ähnlicher Schärfe äußert sich Rosenberg („Das neue Zivilrecht“ 1924, S. 74).

¹⁷⁷⁾ Curtius (aaO.) schildert, daß die Reichsregierung die endgültige Regelung der Entscheidung nach Lage der Akten der damals erwarteten umfassenden Prozeßreform ausdrücklich vorbehielt.

¹⁷⁸⁾ S. dazu unter 2.

¹⁷⁹⁾ Auch Schima (aaO. S. 205) ist der Meinung, die Aktenlageentscheidung, die nach seiner Auffassung etwas Gezwungenes an sich hat, sei entbehrlich, „wenn die Behandlung der Säumnis im späteren Termin auf eine gesunde Grundlage gestellt würde“.

(im Fall des § 251 a) und ihrer Durchbrechung des Mündlichkeitsprinzips in keiner Weise den noch immer tragenden Maximen unserer Prozeßordnung an. Das Gesetz muß außerdem den Vorwurf ernten, mit der Entscheidung nach Lage der Akten ein eigenartiges Verfahren einzuführen, ohne seine Eigenart genauer zu umreißen, so daß die Rechtsprechung und Rechtslehre, weil sie nicht mit Auslegung und Anlehnung arbeiten kann, vor besonders schwierigen Problemen steht.

2. Die Grundlagen und besonderen Voraussetzungen der Aktenlageentscheidung:

Wenn sich bei der vorstehenden Betrachtung bereits herausgestellt hat, daß sich das Gesetz darauf beschränkt, die Eigenartigkeit des Verfahrens lediglich mit dem Ausdruck „Entscheidung nach Lage der Akten“ zu umreißen, und daß es — dem Wunsch des Gesetzgebers entsprechend — der Wissenschaft und Rechtsprechung überlassen geblieben ist, genauere Richtlinien zu erarbeiten, so soll das Ergebnis dieses Bemühens im folgenden kurz zusammengefaßt werden. Um den Rahmen der hier gebotenen Erörterungen nicht zu überschreiten, soll es lediglich darauf ankommen, die wichtigsten Grundsätze herauszustellen und zu den wesentlichsten der noch immer bestehenden Streitfragen Stellung zu nehmen.

a) Die Grundlagen der Aktenlageentscheidung beruhen entsprechend der unter 1. bereits festgestellten, das Verfahren beherrschenden Vermischung von Mündlichkeit und Schriftlichkeit teils auf den Ergebnissen (etwaiger) früherer mündlicher Verhandlungen, teils auf lediglich in schriftlicher Form vorliegendem Akteninhalt. Die Schriftsätze der Parteien, die die (etwaigen) mündlichen Verhandlungen vorbereitet haben, sind nicht als Entscheidungsgrundlage heranzuziehen, soweit sie ihren vorbereitenden Charakter durch Bezugnahme (§ 137 III) verloren haben¹⁸⁰⁾. Für die Entscheidungsgrundlagen bis zur letzten mündlichen Verhandlung gilt also nichts besonderes: Das Gericht geht vom Ergebnis der bereits stattgefundenen mündlichen Verhandlungen aus, wobei es — wie bei der Begriffsbestimmung unter 1. bereits betont wurde — nicht notwendig auf den Inhalt der Verhandlungsprotokolle angewiesen ist.

Erst für den nach der letzten mündlichen Verhandlung entstandenen Akteninhalt kommt die Eigenart der Aktenlageentscheidung zur Geltung: Er kann ebenfalls als Entscheidungsgrundlage herangezogen werden. In Frage kommen schriftliche oder vom ersuchten Richter eingeholte Zeugenaussagen, Sachverständigengutachten sowie Beweisurkunden, amtliche Auskünfte, beigezogene Akten usf., vor allem aber die neuerdings eingegangenen vorbereitenden Schriftsätze der Parteien. Freilich erfordert es der Grundsatz des rechtlichen Gehörs, daß der säumigen Partei Gelegenheit gegeben war, zu diesem Aktenmaterial Stellung zu nehmen¹⁸¹⁾; das Gericht muß also, wenn es schriftlich eingegangenes Beweismaterial verwerten will, § 362 II beachten haben; Schriftsätze müssen dem Gegner zugestellt oder mitgeteilt (§§ 261 b II, 496 IV) sein. Enthalten solche Schriftsätze neue Behauptungen,

¹⁸⁰⁾ De Boor (aaO. S. 53) spricht in Anlehnung an Goldschmidt davon, die Schriftsätze seien durch die mündliche Verhandlung „gleichsam konsumiert“.

¹⁸¹⁾ Mit Rosenberg aaO. S. 505.

und äußert sich der Gegner hierzu nicht, dann darf in diesem Schweigen kein Zugeständnis (etwa über § 138 III) erblickt werden; denn dies käme einer Geständnisfiktion als Säumnisfolge gleich, wie sie § 331 I kennt, wie sie aber einer Aktenlageentscheidung nicht zugrunde liegen darf¹⁸²⁾. Es kommt also für die Verwertbarkeit einer Behauptung darauf an, ob und wie der Gegner zu ihr Stellung genommen hat¹⁸³⁾. § 138 III darf aber seine Funktion behalten, wenn die Partei den Schriftsatz beantwortet, zu der Behauptung aber keine Stellung nimmt¹⁸⁴⁾.

Erght die Aktenlageentscheidung, so sind nicht nur die ihr zugrunde liegenden (etwaigen) mündlichen Verhandlungen, sondern auch der von ihnen nicht erfaßte, lediglich schriftlich vorliegende Akteninhalt Entscheidungsgrundlage und damit Prozeßstoff geworden. Insbesondere sind vorbereitende Schriftsätze, die nach dem Willen ihrer Verfasser noch nicht als Prozeßstoff gedacht waren, durch eine Amtshandlung des Gerichts in den Prozeß eingeführt worden. Diese Möglichkeit der rückwirkenden Erzeugung von Prozeßstoff ist eines der wesentlichsten Bedenken, die dem Verfahren der Entscheidung nach Lage der Akten entgegengebracht werden müssen. Da grundsätzlich in jedem Verfahren der Fall der Aktenlageentscheidung eintreten kann, steht es von keinem Aktenstück von vornherein fest, ob es nicht einmal Entscheidungstoff wird. Die Partei, die ein Geständnis „ankündigt“, muß gewärtig sein, daß ihre Ankündigung zur vollendeten Tatsache gestempelt wird; die Partei, die sich der Vollständigkeit halber zur Hauptsache äußert, muß befürchten, daß diese Äußerung zur Einlassung wird. Freilich kann man sagen, die Partei könne diese Folgen abwenden, wenn sie im Termin erscheint und das Geständnis nicht abgibt oder zunächst ihre Prozeßrügen vorträgt. Wie aber, wenn sie den Termin unverschuldet versäumt? Die §§ 331 a, 251 a geben ihr die Möglichkeit der Abwendung einer Aktenlageentscheidung nur für den Fall, daß diese in einem Urteil bestehen soll. Auch kann man sagen, die Partei dürfte eben nichts in ihre Schriftsätze aufnehmen, was sie nicht in der bevorstehenden mündlichen Verhandlung zum Prozeßstoff machen wolle. Ganz abgesehen davon, daß

¹⁸²⁾ Mit dieser Überlegung hat das Reichsgericht (RGZ 132/337) zwei vorinstanzliche Urteile aufgehoben und u. a. ausgeführt, die Folgerung, daß eine Behauptung, auf die keine schriftliche Erklärung abgegeben sei, als unbestritten behandelt werden könne, würde eine Gleichsetzung der Entscheidungslage für § 331 a und 331 bedeuten. Dies sei aber rechtsirrtümlich, da die Grundsätze der Rechtsfindung im Falle des § 331 a durchaus die des kontradiktorischen Urteils seien.

¹⁸³⁾ Weil dies bestimmend für die — der Aktenlageentscheidung eigentümliche — „Voraussetzung“ der Entscheidungsreife ist, wurde oben unter A I c die Anwendbarkeit des § 335 I Ziff. 3 auf die Aktenlageentscheidung abgelehnt. Sommerfeld (aaO. S. 36) meint hierzu: „Eine Abweichung“ — von der Anwendbarkeit der §§ 335, 337 — „ergibt sich für das Reichsrecht jedoch daraus, daß das Gericht jede Entscheidungsreife verneinen und auch aus diesem Grunde den Antrag zurückweisen kann. Dadurch wird auch die Vorschrift des § 335 I Ziff. 3 modifiziert“. In einer Fußnote weist er auf die — auch nach seiner Auffassung uneingeschränkt geltende — Vorschrift des § 335 I Ziff. 2 hin.

¹⁸⁴⁾ So De Boor (aaO. S. 72), jedoch mit der zu strengen Beschränkung, es müsse dann aus der Erklärung hervorgehen, daß sich die Partei „der Wesentlichkeit der Behauptung bewußt war“. Ohne Einschränkung Sommerfeld aaO. S. 37; auch der Hinweis Rosenbergs (aaO. S. 505) auf „stillschweigende Erklärungen“ dürfte auf die Bejahung des § 138 III hindeuten.

man mit solchen Forderungen nur an juristisch gebildete Parteien oder an die Parteivertreter im Anwaltsprozeß herantreten dürfte, kann man es ihnen somit nicht verübeln, wenn sie sich nur zögernd und vorsichtig zum Prozeßstoff äußern — eine Konsequenz, die dem Sinn und Zweck der Aktenlageentscheidung, einer Beschleunigung des Verfahrens, völlig entgegenläuft. — Man wird daher mit Recht von einer „wenig erfreulichen Unsicherheit in unserem Prozeß“ sprechen müssen, die das Verfahren der Aktenlageentscheidung mit seiner „fakultativen Schriftlichkeit ex post¹⁸⁵⁾“ mit sich bringt. Wenn es eine Möglichkeit gibt, diese bedrohliche Unsicherheit zu vermeiden, dann muß sie im Interesse der Parteien und im Interesse einer korrekten Rechtsfindung ergriffen werden. Eine solche Möglichkeit bietet sich wiederum in der leicht verkannten Tatsache, daß eine Aktenlageentscheidung in der mannigfachsten Form ergehen kann und nicht etwa lediglich auf das Urteil und den Beweisbeschluß beschränkt ist. Wenn die so bedenkliche rückwirkende Erzeugung von Prozeßstoff davon abhängt, ob eine Entscheidung nach Lage der Akten ergeht, also z. B. dann nicht eintritt, wenn trotz des bereits gestellten Antrags aus Gründen der §§ 335 oder 337 vom Erlaß einer Aktenlageentscheidung abgesehen wird, dann läßt sich daraus folgern, daß dieser Prozeßstoff nur Prozeßstoff für die Aktenlageentscheidung ist, weiterhin, daß sie keinen solchen erzeugt, wenn sie nach ihrer Art keines solchen bedarf. Ergeht die Aktenlageentscheidung z. B. als Verbindungs- oder Trennungs- oder als Verweisungsbeschluß, dann bedarf sie keiner materiellen Grundlage, weil ein solcher Beschluß keinen sachlichen Parteivortrag voraussetzt, braucht also, wenn die bereits vorliegenden, vorbereitenden Schriftsätze der Parteien Erklärungen zur Sache enthalten, diese nicht zum Prozeßstoff zu machen¹⁸⁶⁾. Mit dieser Überlegung wäre die aufgezeigte, verhängnisvolle Wirkung der Aktenlageentscheidung nur auf das Urteil und den Beweisbeschluß beschränkt. Für den Fall eines als Aktenlageentscheidung vorgesehenen Urteils geben die §§ 251 a, 331 a (letzterer durch Verweisung) der Partei aber die Möglichkeit, seine Verkündung durch Vorbringen von Entschuldigungsgründen abzuwenden. Wenn man dem Gericht weiter empfiehlt, mit dem Erlaß von Beweisbeschlüssen als Aktenlageentscheidung vorsichtig zu sein und sich hierzu nur dann zu entschließen, wenn der Zweck des Aktenlageverfahrens, eine Konzentration auch des Beweisverfahrens, erreicht werden kann¹⁸⁷⁾ und nicht etwa die Notwendigkeit

¹⁸⁵⁾ So drückt sich De Boor (aaO. S. 44) aus; auch fügt er ein weiteres Bedenken hinzu: Es lägen nämlich Versuche nahe, die nicht gewollte Aktenentscheidung dadurch zu sabotieren, daß man Erklärungen über wesentliche Behauptungen aus den Schriftsätzen herausläßt und so die Sache hindert, nach Lage der Akten entscheidungsreif zu werden. De Boor kommt zu dem Ergebnis, man werde nicht umhin können, in dieser — aufgezeigten — Unklarheit einen schweren Mangel des Instituts der Aktenlageentscheidung zu sehen . . . , eine so unsichere Prozeßform sei schwer zu rechtfertigen.

¹⁸⁶⁾ Auch der Aufklärungsbeschluß nach § 279 a hat dann keine prozeßstofferzeugende Wirkung, da er ja (weiteren) Prozeßstoff erst schaffen will. Damit ist das Bedenken von Stein-Jonas-Schönke (Anm. III zu § 251 a, ähnlich Sommerfeld aaO. S. 38) gegen die Zulassung dieses Beschlusses ausgeräumt.

¹⁸⁷⁾ Eine solche Empfehlung geben zur damaligen Zivilprozeßreform die Richter und Rechtsanwälte des Oberlandesgerichtsbezirks Düsseldorf (JW 1924 S. 1220): „Eine Entscheidung nach Lage der Akten ist nur zu erlassen, wenn dadurch weder die Gefahr einer bruchstückweisen Erledigung des Prozesses begründet wird (vorzeitiger Beweisbeschluß) . . .“

eines weiteren, späteren Beweisbeschlusses befürchtet werden muß¹⁸⁸⁾, dann vermag die hier befürwortete Beschränkung der rückwirkenden Prozeßstoff-erzeugung die der Aktenlageentscheidung insoweit entgegenstehenden Bedenken weitgehend zu beseitigen¹⁸⁹⁾.

b) Die Frage ob es besondere Voraussetzungen für die Aktenlageentscheidung schlechthin gibt, hängt davon ab, wie man den zweiten Halbsatz des § 331 a beurteilt, demzufolge dem Antrag zu entsprechen ist, „wenn der Sachverhalt für eine derartige Entscheidung hinreichend geklärt erscheint“. Gemeinhin wird diese Formulierung zu der für die Aktenlageentscheidung erforderlichen Voraussetzung der Entscheidungsreife gestempelt und durch Umkehrschluß gefolgert, daß die Verneinung dieser Voraussetzung durch das Gericht einen weiteren, zu §§ 335, 337 hinzutretenden Zurückweisungsgrund bildet¹⁹⁰⁾. In Anbetracht der (unter 1.) bereits umrissenen mannigfachen Möglichkeiten für die Aktenlageentscheidung, zu denen insbesondere auch der Aufklärungsbeschluß nach § 279 a gerechnet werden kann, wird sich aber die Notwendigkeit einer Zurückweisung des Antrags auf Aktenlageentscheidung aus Gründen mangelnder Entscheidungsreife nur selten ergeben. Die zitierte Forderung des § 331 a hat auch wiederum nur für den Beweisbeschluß und das Urteil Bedeutung, da nur diese Entscheidungen eine hinreichende Klärung des Sachverhaltes voraussetzen¹⁹¹⁾. Für den Erlaß des Urteils bringt aber bereits § 300 I die Entscheidungsreife als Voraussetzung, und auch die Grundlagen des Beweisbeschlusses sind durch §§ 282 ff (Bestreiten, Beweisantritt) hinreichend umrissen. Da die Eigenart der Aktenlageentscheidung nicht in ihrer Form und ihrer Wirkung besteht, sie vielmehr insoweit einer aufgrund mündlicher Verhandlung ergangenen Entscheidung gleicht¹⁹²⁾, sondern in der Entscheidungsgrundlage, so hätte es der nochmaligen Betonung dieser sich aus dem Gesetz ergebenden Selbstverständlichkeit im § 331 a gar nicht bedurft; vollends wäre es überflüssig und sinnlos gewesen, sie zu einer eigenen Voraussetzung der Aktenlageentscheidung zu erheben. Dies kann auch der Gesetzgeber nicht verkannt haben; dementsprechend wollte er mit dem zweiten Halbsatz des § 331 a nicht eine besondere Voraussetzung der Entscheidung nach Lage der Akten schaffen, sondern lediglich zum Ausdruck bringen, daß in diesem

¹⁸⁸⁾ Auch De Boor (aaO. S. 76): „Nicht einmal ein Beweisbeschluß sollte als Aktenentscheidung ergehen, wenn nicht das Gericht die ganze Sachlage zu überblicken glaubt. Es wäre höchst bedenklich, wenn auf dem Umweg über die Aktenentscheidung doch wieder jene Verzögerung des Beweisverfahrens einreißt, die durch Konzentration der mündlichen Verhandlung zu beheben die Reform sich zum Ziel gesetzt hat.“

¹⁸⁹⁾ Die hier vertretene Auffassung weicht allerdings von der herrschenden Lehre ab; wie hier Rosenberg (aaO. S. 505/506); mit Recht spricht er davon, die Gegenmeinung bestehe „aus mitgebrachten Vorstellungen über das schriftliche Verfahren oder wegen der Fiktion des schriftlichen Vortrags“.

¹⁹⁰⁾ Z. B. Rosenberg aaO. S. 502; Sommerfeld aaO. S. 36.

¹⁹¹⁾ Noch enger sieht diese Voraussetzung offenbar das Reichsgericht, wenn es in RGZ 132/138 ausführt: „In der Verhandlung . . . bestand deshalb eine der Klärung durchaus bedürftige und auch fähige Tatsachenlage, die von der Entscheidungsreife weit entfernt war“.

¹⁹²⁾ Dazu unter 1.: Rosenberg aaO. S. 501; De Boor (aaO. S. 76): „In allen Fällen sind also bezüglich der Vollständigkeit des Materials die Voraussetzungen der Aktenentscheidung dieselben, wie bei der Entscheidung auf mündliche Verhandlung . . .“

Fälle (im Gegensatz zu § 251 a) das Gericht den Akteninhalt auf den Erlaß einer Aktenlageentscheidung hin überprüfen muß (die Betonung im gesetzlichen Wortlaut liegt auf dem Worte „ist“) und wenn diese Prüfung Entscheidungsreife für eine Entscheidung nach Lage der Akten ergeben hat, daß dann das Gericht nicht nach seinem Ermessen vom Erlaß dieser Entscheidung absehen darf. Die Richtigkeit dieser Auslegung des § 331 a 2. Halbs. ergibt sich auch aus der Tatsache, daß eine entsprechende Formulierung im § 251 a nicht getroffen wurde. Wenn man sich befleißigt, zu versichern, daß die Voraussetzung der Entscheidungsreife auch für § 251 a zu gelten habe, obwohl sie dort nicht eigens aufgeführt sei¹⁹³⁾, so ist diese Versicherung gar nicht notwendig, da Entscheidungsreife (für Urteil und Beweisbeschuß) im Fall des § 251 a genauso Selbstverständlichkeit ist wie im Fall des § 331 a und dort genausowenig einer Erwähnung bedürfte wie hier.

Die „Voraussetzung der Entscheidungsreife“ ergibt sich also nicht als eine besondere Voraussetzung der Aktenlageentscheidung, sondern als eine für diese wie für alle gerichtlichen Entscheidungen gültige Selbstverständlichkeit. Der zweite Halbsatz des § 331 a ist insoweit aber nicht irreführend, wenn man den Zweck, den er verfolgt, dahin erkennt, daß er lediglich das Gericht nach Antragstellung zur Prüfung des Akteninhalts und zur Entscheidung nach deren Ergebnis zwingen will¹⁹⁴⁾.

Eine eigene Voraussetzung für die Entscheidung nach Lage der Akten sehen die §§ 251 a, 331 a (letzterer durch Verweisung auf ersteren) allerdings in dem Sonderfalle vor, daß sie in Form eines Urteils ergehen soll. In diesem Falle muß in einem früheren Termin bereits eine mündliche Verhandlung stattgefunden haben und darf die Verkündung nur in einem eigenen, mindestens um eine Woche hinausgerückten Termin erfolgen (§ 251 I Satz 2). Aus diesem Erfordernis spricht ein gesundes Mißtrauen gegenüber einer reinen Schriftlichkeit. Das Reichsgericht hat den Grundgedanken dieser Vorschrift dahingehend umrissen, „daß die im Schlußtermin nicht auftretende Partei mindestens einmal Gelegenheit gehabt haben muß, ihren Rechtsstandpunkt mündlich darzulegen¹⁹⁵⁾“.

Trotz dieses einleuchtenden Grundgedankens des § 251 a I S. 2 hat aber das Reichsgericht in der zitierten Entscheidung eingeräumt, daß er „infolge seiner knappen Fassung zu Zweifeln Anlaß geben kann“. In der Tat mußten solche auftauchen, und sie sind bis heute noch nicht einhellig ausgeräumt; sie gruppieren sich vor allem um die Fragen:

aa) vor welchem Gericht die mündliche Verhandlung stattgefunden haben muß und

bb) ob die Voraussetzung des § 251 a I S. 2/3 für alle Urteile gefordert werden muß und, wenn nicht, für welche.

Zu aa): Nach der Auffassung des Reichsgerichts¹⁹⁶⁾ braucht die mündliche

¹⁹³⁾ So z. B. Rosenberg aaO. S. 502.

¹⁹⁴⁾ Wenn Rosenberg (aaO. S. 502) den Unterschied zwischen den §§ 331 a und 251 a lediglich darin sieht, daß das Gericht im Falle des § 331 a „abgesehen von §§ 335, 337 allein aus dem Grunde mangelnder Entscheidungsreife“ die Aktenlageentscheidung verweigern dürfte, befindet er sich auf dem Weg zum gleichen Ergebnis (geht ihn allerdings nicht weiter).

¹⁹⁵⁾ RGZ 149/159.

¹⁹⁶⁾ aaO.

Verhandlung nicht vor demselben Richter stattgefunden zu haben, der nunmehr das (Aktenlage-)Urteil erlassen will. Sollte der Zweck der neuen Regelung, eine Beschleunigung des Verfahrens zu ermöglichen, erreicht werden, so wird argumentiert, so dürfe § 251 a keine zu enge Abgrenzung erfahren. § 309 ZPO finde keine Anwendung, da er nur ein „ausschließlich aufgrund mündlicher Verhandlung ergangenes Urteil betrifft“. Diese Auffassung ist, auch wenn sie von namhaften Kommentatoren übernommen wurde¹⁹⁷⁾, bedenklich, und zwar gerade aus dem Grund, aus dem heraus sie vertreten wird: Wenn die Aktenlageentscheidung — wie unter 1. herausgestellt wurde nach ihrem Verfahren und ihren Grundlagen sich nicht oder nur schwer in unser bisheriges Prozeßgefüge eingliedert und nach ihren Wirkungen sogar Gefahren mit sich bringt, dann muß ihre Zulässigkeit in einem möglichst eng umgrenzten Rahmen verbleiben¹⁹⁸⁾. Außerdem ist § 309 Ausfluß des Grundsatzes nicht der Mündlichkeit, sondern der Unmittelbarkeit und kann schon deshalb nicht durch das Aktenlageverfahren modifiziert werden. Man wird daher gut daran tun, die Forderung des § 309 auch für das Urteil nach Lage der Akten uneingeschränkt gelten zu lassen¹⁹⁹⁾.

In einer neueren Entscheidung²⁰⁰⁾ ging das Landgericht Berlin sogar soweit, das Erfordernis des § 251 a I S. 2 nur dann zu bejahen, wenn die nicht-erschienene Partei noch keine genügende Gelegenheit hatte, ihren Rechtsstandpunkt darzulegen, oder wenn das Gericht im Einzelfall tatsächlich das Fragerecht ausüben mußte. Habe die Partei bereits in der früheren Instanz genügend Gelegenheit gehabt, ihren Rechtsstandpunkt darzutun und seien keine neuen rechtlichen Gesichtspunkte geltend gemacht worden oder bestünde auch für die Ausübung des Fragerechts keine Veranlassung, so reiche es aus, wenn in der ersten Instanz über die Anträge verhandelt worden sei. Mit Recht hat sich aber Schönke in seiner Anmerkung zu dieser Entscheidung entschieden gegen ihre Gedankengänge gewandt. Das Reichsgericht habe, so führt er aus, in RGZ 132/336 den § 251 a richtig dahingehend ausgelegt, daß aus dem Gesetzeswortlaut zu folgern sei, die mündliche Verhandlung müsse in demselben Rechtszuge stattgefunden haben. Außerdem könne man nicht unterstellen, daß die Parteien in der mündlichen Verhandlung nicht weiteres würden vorbringen können; schließlich dürfe auch die Ausübung des Fragerechts nicht aufgrund der Akten beurteilt werden.

Zu bb): § 251 a I S. 2 spricht schlechthin vom „Urteil“. Wenn — wie bereits unter 1. herausgestellt wurde — die Aktenlageentscheidung alle Aussprüche des Gerichts umfassen kann, die auf einer rechtlichen oder tatsächlichen Würdigung des Streitstoffes beruhen, so erfaßt sie auch alle Arten des Urteils; namentlich kann sie als Sach- oder Prozeßurteil, Voll- oder Teilurteil, End- oder Zwischenurteil, als Vorbehalts-, Verzichts- oder Anerkenntnisurteil ergehen; lediglich in Form eines Versäumnisurteils ist sie unzulässig, was für § 251 a aus dem Nichtvorliegen der Voraussetzungen des

¹⁹⁷⁾ So von Stein-Jonas-Schönke (Anm. III 2 zu § 251 a) und Baumbach-Lauterbach (Anm. 3 F a zu § 251 a).

¹⁹⁸⁾ Dies fordert auch De Boor (aaO. S. 46).

¹⁹⁹⁾ Dies ist auch die Auffassung De Boors und Rosenbergs (aaO. S. 503).

²⁰⁰⁾ NJW 53/750; dieser Ansicht angeschlossen hat sich Wieczorek (Anm. B IV b 1 zu § 251 a): Ihm zufolge soll es genügen, „wenn überhaupt einmal streitig mündlich verhandelt worden ist“.

Säumnisverfahrens (Säumnis einer Partei) und für § 331 a daraus zu folgern ist, daß die Aktenlageentscheidung hier eine weitere Möglichkeit der Säumnisentscheidung bedeuten soll²⁰¹⁾.

Die Notwendigkeit einer früheren mündlichen Verhandlung ist in allen diesen Fällen grundsätzlich zu bejahen, da das Urteil hier immer eine einschneidende Maßnahme des Gerichts bildet, die die Partei nur treffen darf, wenn sie — um den Gedanken des Reichsgerichts anzuwenden — in einer früheren mündlichen Verhandlung Gelegenheit hatte, ihren Standpunkt darzulegen. Hätte ein solches Urteil aber, so muß man weiter folgern, ergehen können, ohne eine mündliche Verhandlung (zwingend) vorauszusetzen, legt also bereits das Gesetz außerhalb des Aktenlageverfahrens auf ein mündliches Vorbringen des Parteistandpunktes kein Gewicht, dann besteht auch diese Notwendigkeit einer früheren mündlichen Verhandlung nicht im Aktenlageverfahren. Die Partei würde dann ja aufgrund ihrer Säumnis günstiger stehen als ohne sie.

Diese Folgerung wirkt sich namentlich für das Prozeßurteil aus: Die Berufung oder die Revision kann auch ohne vorherige mündliche Verhandlung und ohne Anhörung des Rechtsmittelklägers verworfen werden (§§ 519 b, 554 a ZPO), darf also auch als Aktenlageentscheidung in dieser Weise ergehen²⁰²⁾. Ferner kann bei Säumnis einer Partei ohne Rücksicht auf die Antragstellung der erschienenen Partei prozeßabweisendes Urteil ergehen, wenn die Voraussetzungen hierfür vorliegen. Dies darf nach dem Gesagten nicht auf den Antrag auf Versäumnisurteil beschränkt werden, sondern muß auch bei Antrag auf Aktenlageentscheidung gelten, da der Säumige deshalb, weil sein Gegner nicht Versäumnisurteil, sondern Aktenlageentscheidung beantragt hat, nicht besser gestellt zu werden braucht²⁰³⁾.

Wenn unter 1. bereits gesagt werden mußte, daß die Aktenlageentscheidung ihrem Wesen nach nicht in unsere, vom Prinzip der Mündlichkeit beherrschte Prozeßordnung paßt, so soll die vorstehende kurze Betrachtung gezeigt haben, daß sie auch nach ihrer Ausgestaltung bedenklich, was ihre prozeßstofferzeugende Wirkung betrifft, sogar gefährlich ist.

Der Gesetzgeber hat — wie bereits gesagt, mit Absicht das Verfahren so knapp und oberflächlich gezeichnet, daß man von einer „gesetzlichen Regelung“, von der man bei einer kritischen Betrachtung ausgehen könnte, gar nicht sprechen kann. Dieser Mangel hat auch sein Gutes; denn er ermöglicht es, die Zulässigkeit und die Wirkung dieser eigenartigen Eingriffsmöglichkeit in das Prozeßgeschehen auf das notwendige und ausreichende Maß zu beschränken. Von diesem Gedanken muß die — wie gezeigt noch immer im Fluß befindliche — Gestaltung des Aktenlageverfahrens beherrscht sein.

Wenn die Aktenlageentscheidung trotzdem in unserem gegenwärtigen Säumnisrecht — vor allem bei der Zulässigkeit eines Versäumnisurteils im späte-

²⁰¹⁾ Auch der Wortlaut des § 331 a („... statt eines Versäumnisurteils ...“) bringt dies zum Ausdruck (mit Rosenberg aaO. S. 501, RG in Leipz. Z 1932/965).

²⁰²⁾ So auch das Reichsgericht in RGZ 159/361 f; Rosenberg aaO. S. 503.

²⁰³⁾ Stein-Jonas-Schönke (Anm. II 2 zu § 331 a) argumentiert in gleicher Weise; Rosenberg (aaO. S. 503) läßt dies nur für den Fall der Säumnis des Beklagten gelten, da er auf dem Standpunkt steht, bei Säumnis des Klägers müsse hier Versäumnis-Prozeßurteil ergehen (dazu oben A 2.), das — im Gegensatz zum kontradiktorischen Prozeßurteil — durch Einspruch ohne weiteres zu beseitigen wäre.

ren Termin — unentbehrlich ist, so liegt dies nur bei dem Zweck, dem sie dient und den das Reichsgericht mit Recht dahin umrissen hat, „eine Beschleunigung des Verfahrens und eine größere Unabhängigkeit des Gerichts von der Partei auf diesem Gebiet herbeizuführen²⁰⁴⁾“. Nur diese notwendige Funktion, die die Aktenlageentscheidung erfüllen muß, hat die Rechtsprechung und die Wissenschaft angespornt, sich um ihre „anlagebedingten“ Gebrechen zu bemühen und sie zu einer brauchbaren Handhabe des Gerichts zu machen²⁰⁵⁾.

²⁰⁴⁾ RGZ 149/159.

²⁰⁵⁾ So betont mit Recht auch Sommerfeld (aaO. S. 78): „Die Entscheidung nach Lage der Akten wird kaum irgendwo als vollwertiges Glied des Prozeßrechts genommen. Sie gilt als Mittel gegen Prozeßverschleppung“.

III. Die Beseitigung der Säumnisfolgen

A. Durch Einspruch

1. Das Wesen des Einspruchs und die Problematik des Einspruchssystems:

Die Säumnisfolgen, Versäumnisurteil und Aktenlageentscheidung, sind für den Säumigen so einschneidend und wesentlich, daß ihm brauchbare Möglichkeiten zu ihrer Beseitigung an die Hand gegeben werden müssen. Wenn von der Aktenlageentscheidung herausgestellt werden konnte, daß sie nach Inhalt, Form und Wirkung keine Entscheidung eigener Art ist, sich hierin von einer aufgrund mündlicher Verhandlung ergangenen Entscheidung nicht unterscheidet, sondern ihre Eigenart lediglich bei ihren Voraussetzungen und Entscheidungsgrundlagen (Heranziehung auch schriftlichen Akteninhalts) liegt¹⁾, so folgt daraus, daß es auch nicht nötig ist, für sie eine eigene Anfechtungsmöglichkeit zu schaffen, daß sie also, wenn sie als Urteil ergeht, ein normales, kontradiktorisches Urteil bildet und daher mit den ordentlichen Rechtsmitteln angefochten werden kann und muß. Das Versäumnisurteil hingegen läßt den (etwaigen) Streitstand völlig unberücksichtigt, bildet ein Sach- und Endurteil, das (bei Säumnis des Klägers) lediglich auf der Säumnis und auf den das Säumnisverfahren tragenden Gesichtspunkten oder (bei Säumnis des Beklagten) auf der durch die Geständnisfiktion künstlich geschaffenen Entscheidungsreife beruht²⁾. Wenn man außerdem berücksichtigt, daß die Säumnis als allgemeine Voraussetzung des Versäumnisurteils nicht an ein Verschulden der Partei geknüpft ist, sondern nur in ihrem rein objektiven Nichterscheinen oder Nichtverhandeln besteht³⁾, so zeigt sich die Notwendigkeit, dem Säumigen eine leichte und wirkungsvolle Angriffsmöglichkeit gegen das Versäumnisurteil zu verschaffen⁴⁾. Unsere ZPO hat eine solche Möglichkeit mit dem Einspruch gefunden (§ 338), mit dem sie sich die Opposition des französischen code de procédure civile zum Vorbild nahm.

Eine leichte Angriffsmöglichkeit ist der Einspruch, weil er nach § 340 lediglich in der Erklärung besteht, „daß gegen das“ näher zu bezeichnende „Urteil Einspruch eingelegt werde“, also insbesondere keiner Begründung und keiner Darlegung der Säumnisursachen bedarf; ein wirkungsvolles Angriffsmittel ist der Einspruch, weil er nach § 342 „den Prozeß in die Lage zurückversetzt, in der er sich vor Eintritt der Versäumnis befand“. So wie das Versäumnisurteil eine besondere Art eines Endurteils ist, so ist also auch der Einspruch eine besondere Art eines Anfechtungsmittels. Er unterscheidet sich von den (ordentlichen) Rechtsmitteln in formeller und sachlicher Hinsicht:

¹⁾ S. oben unter II C 1.

²⁾ wie oben unter II B 1 näher ausgeführt wurde.

³⁾ was bereits unter I 2 ausgeführt wurde.

⁴⁾ Bereits die Motive (S. 234, Hahn aaO. S. 297) sprechen von einem „notwendigen Korrelat zu den strengen Kontumazialfolgen der §§ 285, 286“ (heute §§ 330, 331).

- a) in formeller Hinsicht dadurch, daß er keine eigene (Rechtsmittel-)Instanz eröffnet, sondern den Prozeß im gleichen Rechtszuge beläßt, ihn auch dort nicht neu eröffnet, sondern (durch das Zurückversetzen des § 342) weiterführt, als ob ein Versäumnisurteil gar nicht ergangen wäre⁵⁾.
- b) in sachlicher Hinsicht dadurch, daß es nicht eine Nachprüfung des Versäumnisurteils über seine materielle Richtigkeit anstrebt, es vielmehr bestehen läßt und nur die Fortsetzung des Prozesses herbeiführen will, von deren Ergebnis dann das Weiterbestehen oder die Aufhebung des Versäumnisurteils abhängen soll⁶⁾.

Diese Eigenart des Einspruchs bringt ihn in Gegensatz zu den (ordentlichen) Rechtsmitteln, denen grundlegend der sog. Devolutiveffekt und das direkte Vorgehen gegen die „angefochtene“ Entscheidung mit dem Ziel ihrer Nachprüfung und Aufhebung eigentümlich ist. Der Einspruch wird daher bereits in den Motiven⁷⁾ als „Rechtsbehelf“ bezeichnet und den „Rechtsmitteln“ gegenübergestellt. Er steht in seiner Bedeutung nicht unter den Rechtsmitteln, sondern gleichberechtigt neben ihnen, was seine Wirkung anbelangt — sie kommt nach § 342 (über § 318 hinwegsehend) der Fiktion des Nichtbestehens eines Versäumnisurteils gleich — ist er sogar stärker als die Rechtsmittel, die von der Existenz des angefochtenen Urteils ausgehen und lediglich seine Nachprüfung und Aufhebung anstreben, daher auch im Gegensatz zum Einspruch dahingerichtete Anträge enthalten müssen⁸⁾.

⁵⁾ Auch die Motive (S. 235, Hahn aaO. S. 298) sprechen davon, daß „die Sachlage als materiell so anzusehen ist, als ob kein Versäumnisurteil in der Mitte läge“; ähnlich Lent (aaO. S. 172): „... d. h., das Versäumnisurteil wird einfach beiseitegeschoben (entgegen § 318!), und das Verfahren geht weiter, wie wenn es nie erlassen wäre“.

⁶⁾ Eine ähnliche, sich aus den §§ 342, 343 ergebende Unterteilung des Wesens des Einspruchs nach formeller und sachlicher Hinsicht bringt Stein-Jonas-Schönke in Anm. I zu § 338; ferner sagt bereits Wach („Vorträge“ 2. Aufl., S. 193): „Der Einspruch wirkt materiell den Fortfall des Versäumnisurteils, formell seine Suspension“; mit Recht allerdings bezeichnet Münzberg (aaO. S. 20) diese „schlagwortartige Charakterisierung der Wirkung des Einspruchs“ als „wenig glücklich“. Mit Nachdruck wendet sich auch Münzberg in seinen folgenden, überzeugenden Ausführungen gegen die Auffassung, der Einspruch „beseitige“ das Versäumnisurteil, es „gelte“ nur für die Zwangsvollstreckung als fortbestehend, indem er u. a. (S. 22) sagt: „Der Wortlaut des § 342 ZPO zwingt nicht zu der Annahme, daß das Gesetz dem Versäumnisurteil — im Unterschied zu einem mit der Berufung angefochtenen Urteil — die bezeichneten Rechtswirkungen nur auf dem Umweg über eine Fiktion zukommen lassen wollte. Wenn § 432 ZPO von der Zurückversetzung „des Prozesses“ spricht, so ist unter diesem Begriff eben nur das fortschreitende Verfahren zu verstehen unter Ausschluß seines bisherigen Ergebnisses, des Versäumnisurteils.“

⁷⁾ S. 228, Hahn aaO. S. 292: „... den ausschließlich zur Beseitigung von Versäumnisurteilen gewährten, nicht devolutiven und aus diesem Grunde den Rechtsmitteln nicht angereiheten Rechtsbehelf des Einspruchs ...“

⁸⁾ worauf bereits Wach („Vorträge“ 2. Aufl., S. 194) hinweist; Münzberg begründet das Absehen des Gesetzgebers von einem „Einspruchsantrag“ lediglich damit, „daß er im Rahmen des Versäumnisverfahrens methodisch von dem Regelfall ausging, daß die säumige Partei sich mit dem Einspruch gegen das ganze Versäumnisurteil wenden wolle“ (aaO. S. 105) und „daß der Gesetzgeber in den Fällen der Berufung und Revision schon mit Rücksicht auf den Begründungszwang auf bestimmte Rechtsmittelanträge nicht verzichten konnte“ (aaO. S. 106). Das erste Argument ist deshalb nicht überzeugend, weil doch wohl auch bei Berufung und Revision im Regelfall das gesamte vorinstanzliche Urteil angefochten wird; das letztere Argument übersieht, daß der Begründungszwang gerade die Folge und nicht die Ursache des Antragsserfordernisses ist.

Wegen dieser tiefgreifenden Wirkung des Einspruchs, der grundsätzlich jedes Versäumnisurteil ausgesetzt ist, könnte man auf den Gedanken kommen, das Versäumnisurteil sei gar nicht ein vollwertiges Urteil, sondern habe lediglich provisorischen Charakter. Diesen Gedanken haben die Motive herausgestellt⁹⁾, allerdings wohl nur, um gegen die geringen Voraussetzungen des Versäumnisurteils immer wieder vorgebrachte Bedenken zu beschwichtigen; er wird aber auch heute noch vertreten¹⁰⁾. Mit Recht hat sich aber schon Wachs gegen diese Herabwürdigung des Versäumnisurteils gewandt¹¹⁾: Das Versäumnisurteil sei, so sagt er, auf die endgültige Streit-erledigung berechnet und wirke nicht „provisorischer“ als ein berufungs-fähiges Endurteil. Mit dem Ablauf einer gewissen Frist gewinne das eine und das andere die Kraft des unanfechtbaren Urteils. Diese Argumentation klingt überzeugend: Das Versäumnisurteil ergeht ohne Vorbehalt, und sein Wesen als vollwertiges Endurteil darf durch die — wenn auch noch so weit-gehende — Wirkung eines etwaigen Einspruchs nicht beeinflusst werden.

Die Bedenken, die diesem kurz dargestellten Einspruchssystem entgegen-zubringen sind, sind die gleichen, die den Gesetzgeber schon 1924 zum Ein-greifen veranlaßt haben. Die damalige Novelle als Kompromiß zwischen den im Reichstagsausschuß widerstreitenden Meinungen¹²⁾ hat es nämlich nicht vermocht, die Gefahren, die der voraussetzungslose und trotzdem so weit-gehend wirkende Einspruch mit sich bringt, zu beseitigen. Noch heute sind sich die führenden Lehrmeinungen darüber einig, daß der Partei auf diese Weise die bedenkliche Möglichkeit an die Hand gegeben ist, das Verfahren, ohne allzuviel aufs Spiel zu setzen, hinauszuzögern¹³⁾. Diese Möglichkeit fällt umso schwerer ins Gewicht, als ja — wie bereits bei der Erörterung des Säumnisbegriffs herausgestellt wurde — die Originalität unseres Säum-nisverfahrens darin besteht, daß ein Versäumnisurteil nicht nur im ersten,

⁹⁾ S. 230 (Hahn aaO. S. 294): „Bei Gewährung einer so leichten und umfangreichen Abhilfe haben demnach die strengen Folgen der totalen Versäumung und das Versäumnisurteil selbst im Grunde nur eine provisorische Bedeutung.“

¹⁰⁾ So vor allem von Stein-Jonas-Schönke (Anm. I vor § 330) nach einer kurzen Dar-stellung der Einspruchswirkung: „Das Versäumnisurteil hat demnach nur provi-sorische Wirkung“; übernommen wird diese Auffassung in zwei neuen Entschei-dungen der Landgerichte Frankenthal (JR 57/345) und Düsseldorf (NJW 56/834).

¹¹⁾ „Vorträge“ 2. Aufl., S. 193; unter Berufung auf diese Äußerung Wachs wendet sich auch Münzberg (aaO. S. 24 Fußn. 15) gegen die These vom „provisorischen“ Cha-rakter des Versäumnisurteils.

¹²⁾ Einen kleinen Einblick gewährt Volkmar: „Das deutsche und österreichische Ver-säumnisverfahren“, JW 1928, S. 2676 ff.

¹³⁾ Z. B. Rosenberg (aaO. S. 491): „Diese Regelung begünstigt die Prozeßverschlep-pung, da die säumige Partei selbst im späteren Verlauf des Verfahrens höchstens ein Versäumnisurteil zu befürchten hat, das sie ohne weiteres durch den Einspruch wieder beseitigen kann“; Stein-Jonas-Schönke (Anm. I vor § 330): „Diese Regelung schließt eine gewisse Gefahr in sich, daß die an der Verzögerung des Rechts-streits interessierte Partei jederzeit, auch wiederholt, ohne allzugroßes Risiko den Fortgang des Rechtsstreites aufhält.“ Lent (aaO. S. 173): „Gerade durch Ver-säumnis, Urteilserlaß, Einspruch und neue Verhandlung kann die böswillige Partei viel Zeit gewinnen . . . Daß der Einspruch ohne jede Begründung und Be-schwerde möglich ist, entwertet das Verfahren“; Baumbach-Lauterbach (Anm. 1 B vor § 330): „. . . Möglichkeit der Prozeßverschleppung . . .“; Schönke (aaO. S. 324): „Diese Ausgestaltung des Versäumnisverfahrens kann leicht dazu mißbraucht wer-den, das Verfahren zu verschleppen“.

sondern in jedem zur mündlichen Verhandlung bestimmten Termin ergehen kann, daß somit gegen ein und dieselbe Partei auch mehrere Versäumnisurteile gerichtet sein können. Gegen jedes dieser Versäumnisurteile — von den Sonderfällen der §§ 238 II und 345 abgesehen¹⁴⁾ — kann der Einspruch in gleicher Weise und mit der gleichen Wirkung eingelegt werden. Bereits bei der Besprechung des § 332¹⁵⁾ wurde zu zeigen versucht, welche verhängnisvolle Wirkung diese Möglichkeit eines späteren Versäumnisurteils im Hinblick auf seine in §§ 330, 331 festgelegten Grundlagen, insbesondere nach einer vorherigen Beweisaufnahme haben kann. Nunmehr zeigt es sich, daß dieser nach § 332 gegebenen Möglichkeit einer sachlagewidrigen Entscheidung durch den voraussetzungslosen Einspruch geradezu Tür und Tor geöffnet wird: Die säumige und dann wieder Einspruch einlegende Partei braucht ja nicht zu fürchten, daß die — möglicherweise sachfremden und unlauteren — Gründe ihres Nichterscheins oder Nichtverhandelns vom Gericht geprüft werden und daß es wegen ihres Verschuldens oder gar wegen ihrer offenkundigen Verschleppungsabsicht bei dem für sie ungünstigen Spruch verbleiben könnte; sie kann getrost, ohne ihre Handlungsweise mit einem Wort zu rechtfertigen, auf der bisherigen Basis im neuen Termin weiterverhandeln und, falls ihr es tunlich erscheint, von neuem säumig sein und die gleiche Prozedur wiederholen. Das Damoklesschwert der Aktenlageentscheidung braucht sie dabei nicht immer zu schrecken; es ist längst nicht — wie oben¹⁶⁾ erkannt werden mußte — so scharf und gefährlich wie es zu wünschen wäre; das Gericht darf es nur nach gründlichen prozeßökonomischen Erwägungen zu Fall bringen, die wiederum vom Verhalten des Säumigen (zögernder Vortrag der Behauptungen und Beweisanträge) beeinflusst werden können.

Etwas abschreckender wirkt wohl die — ebenfalls durch die Novelle von 1924 und aus den gleichen Erwägungen wie die Aktenlageentscheidung angeordnete — für alle Versäumnisurteile geltende vorläufige Vollstreckbarkeit nach § 708 Nr. 3¹⁷⁾. Sie wird aber den Kläger — und auch er kann an der Verschleppung des Prozesses interessiert sein — nicht allzusehr schrecken, da sie in seinem Fall nur die Kosten betrifft. Außerdem eröffnen die §§ 719, 707 die Möglichkeit, die Zwangsvollstreckung einzustellen und damit die vorläufige Vollstreckbarkeit des Versäumnisurteils illusorisch zu machen — eine Möglichkeit, von der die Parteien weitgehend Gebrauch machen und der die Gerichte, wie die Praxis zeigt, (wohl aus einer gesunden Skepsis gegen die sachliche Richtigkeit der Versäumnisurteile heraus) positiv

¹⁴⁾ S. dazu unter B.

¹⁵⁾ Unter I 3 c

¹⁶⁾ Unter II C 2.

¹⁷⁾ Bereits die Motive (S. 232, Hahn aaO. S. 295) glaubten, durch die Anordnung einer vorläufigen Vollstreckbarkeit „den Übelständen, zu denen der Einspruch im Falle einer wiederholten Aufhebung von Versäumnisurteilen in demselben Prozesse Anlaß geben kann“, begegnen zu können; außerdem versprachen sie sich (aaO.) eine abschreckende Wirkung der „auf den Kostenpunkt sich beziehenden Vorschrift des § 299“ (im heutigen Gesetz § 344) und „in den Fällen des § 300 (jetzt § 345) durch den Ausschluß des Einspruchs. Wie sehr sie sich aber in dieser Annahme irrten, hat die spätere Erfahrung und insbesondere die Notwendigkeit der Novelle von 1924 gezeigt.

gegenüberstehen und sogar häufig von der Anordnung einer Sicherheitsleistung Abstand nehmen. Schließlich ist die vorläufige Vollstreckbarkeit schon deshalb keine allzu große Gefahr und somit auch keine allzu wirk-same Abschreckung für die verschleppungswillige Partei, weil diese im Falle einer doch noch erreichten Aufhebung des Versäumnisurteils (§ 343) nach § 717 II vom vollstreckenden Gegner Schadenersatz verlangen kann¹⁸⁾. Es zeigt sich also, daß das Einspruchssystem die Bedenken, die unserem Säumnisverfahren nach der bisherigen Betrachtung entgegengebracht werden müssen, nicht nur nicht beseitigt, sondern sogar vergrößert. Freilich zeigt es sich gerade hier wieder einmal, daß es leichter ist, eine bestehende Einrichtung zu verdammen, als eine neue, bessere an ihre Stelle zu setzen:

Verschiedentlich wurde der Vorschlag gemacht, dem Beispiel der um einige Jahrzehnte jüngeren österreichischen Prozeßordnung zu folgen und den Einspruch durch die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand abzulösen, so daß sich der die Novelle von 1924 vorbereitende Reichstagsausschuß eingehend mit dieser Frage auseinandersetzte¹⁹⁾. Diese wäre dann an die strengen Voraussetzungen des § 233 geknüpft und könnte somit einer etwaigen Verschleppungsabsicht energisch Einhalt gebieten und auch sonst dem Beschleunigungszweck des Säumnisverfahrens wirkungsvoll zum Zuge verhelfen.

Doch scheitert die Wiedereinsetzung als Rechtsbehelf gegen Versäumnisurteile daran, daß in all den vielen Fällen, in denen sie aufgrund ihrer strengen Voraussetzungen nicht durchgreift, eine Möglichkeit geschaffen sein müßte, das nach § 331 ergangene Versäumnisurteil auf seine sachliche Richtigkeit (Schlüssigkeit der Klage) hin zu überprüfen, daß aber die Zulassung der Berufung einer Verlagerung des Prozesses in die zweite Instanz gleichkommen würde, da das Berufungsverfahren das Vorbringen neuer Tatsachen nach § 529 zuläßt²⁰⁾. Eine Umwandlung unserer Berufungsinstanz von der Tatsachen- zur bloßen Rechtsinstanz würde aber für unser Prozeßrecht eine derart einschneidende Maßnahme bedeuten, daß sie lediglich des Versäumnisurteils wegen nicht verantwortet werden könnte; denn das sog. „beneficium novorum“ mit all den Gründen, die es rechtfertigen (größeres Vertrauen zum Kollegialgericht, Ausschöpfung neuer Beweismöglichkeiten...), gehört seit eh und je zu den tragenden Wesensmerkmalen unseres Zivilprozesses²¹⁾.

Ein weniger gewichtiges Argument gegen die Wiedereinsetzung als Rechtsbehelf gegen das Versäumnisurteil, allerdings ohne sie ausdrücklich zu erwähnen, bringen bereits die Motive²²⁾, wenn sie hervorheben, es falle ins Gewicht, „daß es frivol streitenden Parteien... an fingierten Verhinderungsgründen niemals fehlt und daß es demnach zweckmäßiger erscheint, gegen jede erste Versäumung der Verhandlung ein für allemal ex lege Nachsicht

¹⁸⁾ worauf auch Stein-Jonas-Schönke (Anm. I vor § 330) hinweist.

¹⁹⁾ worüber auch Volkmar („Das deutsche und österreichische Versäumnisverfahren“, JW 28/2677) berichtet.

²⁰⁾ Mit Volkmar aaO.

²¹⁾ Auch die amtliche Begründung zu dem ZPO-Entwurf 1931 lehnt aus dem Grunde, weil die Abschaffung des Neuerungsrechts für das deutsche Zivilprozeßrecht nicht in Frage komme, die Ablösung des Einspruchs durch die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ab (S. 329). Einen kurzen Hinweis auf diese Überlegungen bringt auch Sommerfeld (aaO. S. 74).

²²⁾ S. 230, 231, Hahn aaO. S. 294.

zu gewähren, als die Gewährung derselben in jedem einzelnen Fall von der richterlichen Entscheidung über das Vorhandensein einer nach unendlichen Gradunterschieden bestimmten Verschuldung abhängig zu machen, welche, vielfach mit Verwickelungen und Schwierigkeiten verknüpft, die Gefahr der Prozeßverschleppung näherbringt, als die unbedingte Wiederherstellung im Wege des Einspruchs". Es leuchtet ein, daß sich eine „frivol streitende Partei" um das Vorbringen von Entschuldigungsgründen auch mit unlaute- ren Mitteln bemühen würde, von „unendlichen Gradunterschieden" bei der richterlichen Beurteilung könnte aber bei den Voraussetzungen nach § 233 I, II nicht die Rede sein. Auch ist es unverständlich, wenn die Motive lediglich vom „ersten" Fall sprechen, wo doch auch im zweiten und dritten und allen möglichen weiteren Fällen eines Versäumnisurteils der Einspruch gewährt wird, es sei denn, es erging in einem unmittelbar nach Einspruchseinlegung angesetzten Termin im Sinne des § 345 (der Gedanke an diese Bestimmung liegt der ungenauen Formulierung hier wohl zugrunde).

Wie dem auch sei, es gibt jedenfalls triftige Gründe, die die Ersetzung des Einspruchs durch die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand oder ein ihr verwandtes Institut im deutschen Zivilprozeß verbieten, mag sie sich in anderen Prozeßordnungen aufgrund deren anders gearteter Struktur noch so bewährt haben.

Gut wäre es freilich, wenn die zitierte Stelle in den Motiven so aufgefaßt werden könnte, wie sie lautet, daß also wirklich nur im ersten Fall der Säumnis Einspruch zulässig wäre. Dann dürfte aber auch nur in diesem Fall ein Versäumnisurteil ergehen; denn es wäre noch schlimmer, wenn ein Versäumnisurteil im späteren Termin ergehen könnte und die Einspruchsmöglichkeit gegen diese u. U. sachlagewidrige Entscheidung nicht gegeben wäre, da ja dann die Berufung jedenfalls zugelassen werden müßte. Der Einspruch mag in unserer Prozeßordnung das beste Angriffsmittel gegen das Versäumnisurteil, wie sie es vorsieht, sein, sein Zweck, die kontradiktorische Verhandlung herbeizuführen, ist aber nur da sinnvoll, wo eine mündliche Verhandlung noch am Platze ist — und sie ist nicht mehr am Platze, wenn der Rechtsstreit — etwa nach der durchgeführten Beweisaufnahme — bereits im echten Sinne entscheidungsreif geworden ist. In diesem Falle ist er, der nach dem Willen des Gesetzgebers prozeßbeschleunigend sein soll, prozeßverschleppend.

Es zeigt sich also, wie nochmals zusammengefaßt werden kann, daß das Wesen des Einspruchs seine Rechtfertigung in den Voraussetzungen des Versäumnisurteils und in der Struktur unserer Zivilprozeßordnung erfährt, daß aber das Einspruchssystem seinen Zweck nur dann sinnvoll erreichen kann, wenn das Versäumnisurteil nicht ohne Rücksicht auf den Stand und die Reife des Prozesses ergehen kann. Die durch § 332 für jeden zur mündlichen Verhandlung bestimmten Termin eröffnete Zulässigkeit eines Versäumnisurteils tritt also auch hier als das Grundübel unseres Säumnisverfahrens zutage; sie bildet eine kranke Stelle in unserem Säumnisrecht, die im Laufe der bisherigen Betrachtung schon wiederholt als solche erkannt werden mußte.

2. Die Zulässigkeit des Einspruchs:

a) Im Vorstehenden wurde betont, daß der Einspruch ein dem Säumnisverfahren eigentümlicher und ausschließlich zur Beseitigung von Versäumnisurteilen vorgesehener Rechtsbehelf ist. Seine Zulässigkeit ist daher grundsätzlich an das Vorliegen des Versäumnisurteils gebunden²³⁾.

Freilich dürfen in der Frage der Anfechtbarkeit, die ja zunächst von der Partei bejaht werden muß, an das Vorliegen eines Versäumnisurteils keine allzu streng wissenschaftlichen Maßstäbe angelegt werden. Sie ist im Rahmen des allgemeinen Problems der Anfechtbarkeit einer gerichtlichen Entscheidung zu beantworten, und so stehen sich auch hier die subjektive und die objektive Theorie gegenüber, die — auf einen kurzen Nenner gebracht — darauf hinauslaufen, daß es für die Anfechtbarkeit entscheidend sein soll, welche Entscheidung das Gericht habe erlassen wollen, oder, welche es nach objektiven Maßstäben (wobei der richterliche Wille nur Auslegungsmaßstab ist) erlassen hat.

Das Reichsgericht hat sich bekanntlich in diesem Punkte nicht festgelegt, sondern sich einmal für diese, einmal für jene Theorie ausgesprochen²⁴⁾ und sich hierbei wohl allzusehr vom eigennützigen Gedanken der Selbstentlastung tragen lassen, der gerade, beim nichtdevolutiven Einspruch, gut zum Zuge kommen kann²⁵⁾.

Im Sinne des heute weithin anerkannten „Grundsatzes der Meistbegünstigung“²⁶⁾, die der prozessualen Gerechtigkeit am nächsten kommt und — wie zu wünschen wäre — sich vollends durchsetzen sollte²⁷⁾, ist sowohl das sich nach der objektiven als auch das sich nach der subjektiven Theorie ergebende Anfechtungsmittel zulässig; dies bedeutet für den Einspruch, daß er sowohl dann gegeben ist, wenn das anzugreifende Urteil zwar kein Versäumnisurteil darstellt, aber nach dem Willen des Gerichts ein solches hätte sein sollen, als auch dann, wenn die Entscheidung — ohne Rücksicht auf diesen Willen — nach ihrer äußeren Form oder ihrem sachlichen Inhalt ein Versäumnisurteil ist.

b) Eine zeitliche Begrenzung der Zulässigkeit ergibt sich scheinbar aus den §§ 339 und 508 II ZPO, in denen von einer „Einspruchsfrist“ gesprochen wird, die beim Amtsgericht eine Woche und bei den übrigen ordentlichen Gerichten zwei Wochen beträgt und mit der Zustellung des Versäumnisurteils beginnt. Doch erfolgt die Zustellung auch beim Versäumnisurteil

²³⁾ wie sein Wesen und seine besonderen Voraussetzungen oben unter II B herausgestellt wurden.

²⁴⁾ was mit Beispielen u. a. Rosenberg (aaO. S. 633/634) hervorhebt.

²⁵⁾ So hat das Reichsgericht in RGZ 159/359, nachdem es das angefochtene Urteil als Versäumnisurteil bezeichnete, sich im Sinne der objektiven Theorie ausgesprochen (obwohl es ansonsten wohl mehr zur subjektiven neigte) und die Revision für unzulässig erklärt.

²⁶⁾ wie ihn Rosenberg (aaO. S. 633) unter Zugrundelegung einer richtungsweisenden Entscheidung des OLG Bamberg (NJW 49/910) bezeichnet und wie er im Ergebnis u. a. auch von Stein-Jonas-Schönke (Einl. III vor § 511) übernommen wurde.

²⁷⁾ Auf dem Boden der objektiven Theorie steht unter den führenden Lehrmeinungen noch Baumbach-Lauterbach (Anm. 4 C, D vor § 511).

über § 317 im Parteibetrieb (auch vor dem Amtsgericht kann eine dahingehende Erklärung der Partei die amtliche Vermittlung der Geschäftsstelle nach § 508 I ausschließen) und hängt somit nach ihrem Zeitpunkt und nach ihrem Stattfinden überhaupt vom Willen der durch das Versäumnisurteil berechtigten Partei ab.

Wenn dadurch nicht der mit dem Einspruch ermöglichte und erstrebte Fortgang des Verfahrens in die Hand dieser Partei gegeben sein soll, dann muß der Einspruch auch außerhalb der durch §§ 339, 508 II gesetzten zeitlichen Grenzen — wenigstens für den Beginn seiner Zulässigkeit — gewährt werden. Diese zeitlichen Grenzen für die Zulässigkeit des Einspruchs gilt es in diesem Zusammenhang in erster Linie zu ermitteln.

Was den Beginn der Zulässigkeit anbelangt, so findet sich in § 339 keine den früheren Absätzen II der §§ 516 und 552 entsprechende Regelung, denenzufolge die Berufung oder Revision erst nach der Zustellung des anzufechtenden Urteils für zulässig erklärt wurde. Mit Recht hat aber das Reichsgericht bereits in einem Urteil vom 16. 12. 1897²⁸⁾ ausgesprochen, daß eine solche Beschränkung der Zulässigkeit für den Einspruch nicht in Frage kommen könne. Der Einspruch hat ja nicht den Zweck, die Nachprüfung des anzufechtenden Urteils herbeizuführen, sondern — wie unter 1. bereits gesagt wurde — den Fortgang des Verfahrens zu ermöglichen, von dessen Ergebnis erst das Weiterbestehen oder die Aufhebung des Versäumnisurteils abhängen soll. Wenn außerdem einer der Grundgedanken des Säumnisverfahrens darin besteht, den Prozeß zu einem möglichst raschen Ende zu führen, dann muß der Wille der verurteilten Partei, das Verfahren fortzusetzen, wie er sich im Einspruch dokumentiert, für dessen Zulässigkeit genügen und darf nicht von der in der Hand des möglicherweise nunmehr verschleppungsgeneigten Gegners liegenden Zustellung abhängen. Es ist daher nur zu begrüßen, daß es im Anschluß an die angeführte RG-Entscheidung allgemeine Meinung geworden ist, den Einspruch nicht erst von der Zustellung des Versäumnisurteils, sondern bereits von seiner Verkündung an als zulässig zu betrachten.

Für die Rechtsmittel gilt dieser Gedanke seit der Novelle von 1924, die nicht nur den zweiten Absatz der §§ 516, 552 strich, sondern deren ersten Absatz dahingehend abänderte, daß die Rechtsmittelfrist ohne Rücksicht auf die Zustellung 5 Monate nach dem Zeitpunkt der Verkündung des anzufechtenden Urteils zu laufen beginnt; damit ist es zum Ausdruck gebracht und bräuchte gar nicht — wie es allgemein geschieht — besonders hervorgehoben zu werden, daß die Zulässigkeit von Berufung und Revision

²⁸⁾ RGZ 40/392: Nachdem das Reichsgericht herausgestellt hat, daß bei „befristeten Rechten“ der Anfang der Frist „nur Bedeutung hat, den Endpunkt der Frist zu bestimmen“ und daß es daher auf die „besondere Sachlage“ ankomme, „ob auch die Ausübung des Rechts nur nach Beginn der festgesetzten Frist oder schon vorher zulässig ist“, wird wörtlich ausgeführt: „Diese aus der rechtlichen Natur des befristeten Rechts sich ergebende Folge trifft in gleicher Weise auch bei den prozeßrechtlichen Fristen zu... Indem die besondere Bestimmung (der §§ 477, 517, später dann 516 II und 552 II) für erforderlich erachtet wurde, ist zugleich zum Ausdruck gebracht, daß in Ermangelung einer solchen bei anderen Rechtsbehelfen wie bei dem Einspruch und der sofortigen Beschwerde die Einlegung des Einspruchs oder der sofortigen Beschwerde vor Zustellung der Entscheidung... nicht wirkungslos ist“.

bereits von der Urteilsverkündung an gegeben ist. Die für den Einspruch geltende Bestimmung des § 339 bringt aber, wie gesagt, bedauerlicherweise keine auf seine auch vor Zustellung gegebene Zulässigkeit hindeutende Formulierung, obwohl sich diese Notwendigkeit — wie gezeigt — aus dem Wesen des Einspruchs und aus dem Zweck des Säumnisverfahrens heraus noch viel zwingender ergibt, als bei den Rechtsmitteln.

Eine weitere Vorverlegung der Zulässigkeit des Einspruchs — etwa auf einen Zeitpunkt vor Verkündung des Urteils oder gar vor Eintritt der Säumnis überhaupt — ist jedoch, wie das Reichsgericht ebenfalls mit Recht hervorhebt²⁹⁾, nicht möglich. Das Versäumnisurteil wäre dann im Sinne der §§ 310, 311 noch gar nicht ergangen; der Einspruch würde also nur für den Fall seines Erlasses eingelegt werden; es wäre ein „bedingter Einspruch“, der aber, weil er mit dem Wesen der Prozeßhandlung im Widerspruch steht, nicht zugelassen werden kann.

Die Frage nach dem Ende der Zulässigkeit des Einspruchs beantworten die §§ 339, 508 II lediglich für den Fall der erfolgten Zustellung; sie ergibt sich dann mit dem Ende der ein- bzw. zweiwöchigen Notfrist. Da aber, wie bereits betont werden mußte, das Wann und sogar das Ob der Zustellung auch beim Versäumnisurteil in der Hand der darin obsiegenden Partei liegt und da § 339 keinen den §§ 516 und 552 entsprechenden Halbsatz enthält, wonach auch die Einspruchsfrist bei nicht vorher erfolgter Zustellung des Versäumnisurteils 5 Monate nach dessen Verkündung zu laufen beginnen würde, läßt das Gesetz die Frage nach der Dauer der Zulässigkeit des Einspruchs für den Fall der nicht erfolgten Zustellung offen. Diese 5-Monats-„Frist“³⁰⁾ der §§ 516, 552 wurde durch die Novelle von 1924 eingeführt und soll verhindern, daß die Rechtskraft der Urteile allzu lange in der Schwebe bleibt³¹⁾. Sie hat demnach den gleichen Zweck wie das — durch diese Novelle ebenfalls weitgehend redigierte — Säumnisverfahren, nämlich, den Prozeß zu einem raschen (rechtskräftigen) Abschluß zu führen und diesen unabhängig von einem — etwa entgegenstehenden — Parteiwillen eintreten zu lassen. Da aber das nur dem Einspruch unterliegende Versäumnisurteil genauso ein Endurteil ist wie das den ordentlichen Rechtsmitteln ausgesetzte kontradiktorische Urteil, da es also genau wie diese „über die Klage (oder das Rechtsmittel) endgültig entscheidet“³²⁾, ist bei ihm in gleicher Weise die Beendigung dieses Schwebezustandes erwünscht. Es wäre daher zu begrüßen, wenn auch beim Versäumnisurteil die Zulässigkeit des Einspruchs unabhängig von der Zustellung auf einen bestimmten Zeitpunkt begrenzt werden könnte.

²⁹⁾ aaO. und vor allem dann in RGZ 110/170: „Voraussetzung, wie eines Rechtsmittels . . ., so auch des Rechtsbehelfs des Einspruchs ist aber, daß eine Entscheidung vorliegt, gegen welche auf dem Wege der Anfechtung Abhilfe gesucht werden soll.“

³⁰⁾ Um eine Frist im prozeßtechnischen Sinn handelt es sich hierbei gar nicht — Baumbach-Lauterbach (Anm. 2 B zu § 516) nennt sie eine „uneigentliche Frist“ —, denn sie unterliegt einerseits nicht der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, andererseits kann sie aber auch weder verkürzt noch verlängert werden.

³¹⁾ Mit Baumbach-Lauterbach aaO.

³²⁾ wie die Baumbach-Lauterbachsche Definition des Endurteils lautet (Anm. 2 B vor § 300); dazu oben unter II B 2.

Rosenberg ist dieser Erkenntnis gefolgt und fordert seit der 4. Auflage seines Lehrbuchs (1949) die analoge Anwendung der §§ 516, 552 auf die Zulässigkeit des Einspruchs³³⁾. Wenn er diese Analogie weiter nicht begründet und auch in einem 1951 veröffentlichten, das Problem berührenden Aufsatz³⁴⁾ lediglich auf diese seine Auffassung verweist, so wohl deshalb, weil sich ihre Zweckmäßigkeit in dem aufgezeigten Sinne als selbstverständlich ergibt. Bis zu diesem Zeitpunkt war aber die Frage der entsprechenden Anwendung der §§ 516, 552 auf das Versäumnisurteil noch gar nicht aufgetaucht; lediglich in der 1941 erschienenen 22. Auflage von Sydow-Busch wird sie erwähnt, dort allerdings verneinend³⁵⁾. Die Bedeutung, die diese Frage für die Praxis haben muß, und die Tatsache, daß sie von einem der namhaftesten Rechtslehrer angeschnitten wird, bringt es mit sich, daß sich mittlerweile über sie ein lebhafter Meinungsstreit entfachte, der sich in einer Reihe von Entscheidungen und Veröffentlichungen³⁶⁾ niedergeschlagen hat, der bis in die allerjüngste Zeit andauert und noch einer endgültigen Klärung harret.

Auf die Seite Rosenbergs stellt sich das Oberlandesgericht *Neustadt*³⁷⁾ und bringt statt seiner auch die Begründung: Die durch die Zivilprozeßnovelle von 1924 eingeführte Regelung, so wird ausgeführt, habe sicherstellen wollen, daß Urteile unabhängig vom Willen der Parteien von einem bestimmten Zeitpunkt an rechtskräftig werden. Diese im Interesse des Rechtsfriedens getroffene Regelung finde nach fast allgemeiner Meinung auf die sofortige Beschwerde entsprechende Anwendung (einschlägige Entscheidungen werden zitiert). Das allgemeine Interesse an dieser endgültigen Befriedung des Rechtsstreits sei bei einem Versäumnisurteil nicht geringer als bei Urteilen oder Beschlüssen, die mit der Berufung oder der sofortigen Beschwerde anfechtbar sind.

Einige Monate früher hat sich aber das Landgericht *Weiden*³⁸⁾ mit eingehender Begründung und einer Fülle von Argumenten gegen diese Auffassung ausgesprochen, die sich kurz wie folgt zusammenfassen lassen:

- aa) Was — möglicherweise — für die sofortige Beschwerde gelte, könne nicht einfach auf das Versäumnisurteil übertragen werden; das Beschwerdeverfahren sei in der ZPO nur lückenhaft geregelt, und es erscheine gerade wegen dieser Lücken eine entsprechende Anwendung der für andere Rechtsmittelverfahren gegebenen Vorschriften angebracht. Dieser Gesichtspunkt entfalle im Säumnisverfahren, welches in §§ 330 ff. ausführlich normiert sei. Der Einspruch sei auch — im Gegensatz zur sofortigen Beschwerde — kein Rechtsmittel.
- bb) Der Gesetzgeber habe im § 508 I bereits Abhilfe geschaffen, die im amtsgerichtlichen Verfahren dazu führe, daß i. d. R. Zustellung des

³³⁾ aaO. (7. Aufl.) S. 498.

³⁴⁾ „Die Anfechtbarkeit von Urteilen gegenüber Prozeßunfähigen oder gegenüber einer nicht durch ihren richtigen gesetzlichen Vertreter vertretenen Partei“ in JZ 1951 S. 43.

³⁵⁾ Anm. 3 zu § 339: „Von der Verkündung läuft nicht wie bei den Rechtsmitteln (§§ 516, 552) eine besondere Frist.“

³⁶⁾ Diese werden im Laufe der folgenden Besprechung von Fall zu Fall zitiert.

³⁷⁾ MDR 1955 S. 747.

³⁸⁾ NJW 1955 S. 797.

Versäumnisurteils erfolge. Im landgerichtlichen Verfahren fehle eine entsprechende Bestimmung nur deswegen, weil hier die Parteien durch Rechtsanwälte vertreten seien und der Gesetzgeber sonach Anlaß gehabt habe anzunehmen, diese würden schon von sich aus in jedem Falle die Zustellung veranlassen. Zeige aber die Partei kein Interesse, die Rechtskraft herbeizuführen, dann könne auch der Staat hieran kein Interesse haben.

- cc) Die Tatsache, daß bei analoger Anwendung der §§ 516, 552 ein vom Landgericht erlassenes Versäumnisurteil nach 5 Monaten und zwei Wochen, ein vom Amtsgericht erlassenes Versäumnisurteil aber bereits nach 5 Monaten und einer Woche rechtskräftig werden müßte, sei ein „der ZPO bisher fremdes Novum“.
- dd) Zum anderen würde das Rechtsinstitut der öffentlichen Zustellung und damit eine wesentliche Rechtsgarantie für eine im Termin nicht erschienene und dann verurteilte Partei erheblich ausgehöhlt werden.
- ee) Dafür, daß der Gesetzgeber das nicht zugestellte Versäumnisurteil bewußt nicht habe rechtskräftig werden lassen wollen, spreche schwerwiegend der Umstand, daß durch die Novelle von 1924 nur die §§ 516, 552 abgeändert wurden, nicht aber auch eine entsprechende Bestimmung in § 339 aufgenommen wurde. Im übrigen sei die ZPO wiederholt redigiert, § 339 aber dennoch in seiner ursprünglichen Form belassen worden.
- ff) Auch § 7 III der Aktenordnung (i. d. F. der AV des früheren Reichsjustizministers v. 24. 2. 39 DJ 39/385) gehe von der vom Landgericht Weiden vertretenen Auffassung aus, wenn diese Bestimmung anordne, daß in den Sachen, in denen ein instanzerledigendes Versäumnisurteil ergangen ist, der Rechtsstreit akten technisch als erledigt gilt, wenn seit 3 Monaten kein auf die Fortsetzung des Rechtsstreites gerichteter Antrag eingegangen ist. Diese Bestimmung müsse überflüssig sein, wenn das Versäumnisurteil ebenso wie die kontradiktorischen Urteile auch ohne Zustellung nach gewisser Zeit rechtskräftig würde.

In seiner ablehnenden Anmerkung zu dieser Entscheidung greift Rosenberg namentlich die unter bb), dd) und ee) wiedergegebenen Argumente heraus und macht geltend, wenn man die Art der modernen Gesetzgebung beobachte, finde man auf Schritt und Tritt solche „Versehen“. Die öffentliche Zustellung sei so selten, daß auf sie keine Rücksicht zu nehmen sei. Der Staat könne ein Interesse an der Rechtskraft von Versäumnisurteilen wie an der Rechtskraft anderer Urteile haben. Beim Versäumnisurteil lägen die Verhältnisse ebenso wie bei einem mit der sofortigen Beschwerde anfechtbaren Beschluß. Auch sei in der Rechtswissenschaft die Analogie stets dem argumentum e contrario vorzuziehen, weil sie dem Fortschritt des Rechts diene, während das argumentum e contrario leicht rückwärtlich wirke.

Überzeugend ist diese Erwiderung Rosenbergs insoweit, als darin der Novelle von 1924 und den weiteren redaktionellen Änderungen der ZPO kein allzu großes Vertrauen geschenkt wird. Gerade ihre hier stattgefundene Betrachtung hat gezeigt, mit welcher Leichtfertigkeit diese Novelle in das bestehende Prozeßgefüge eingegriffen und mit welcher Oberflächlichkeit sie hergebrachte Bestimmungen abgeändert hat. Sie hat in manchen Punkten

zuviel, in manchen Punkten zuwenig getan; sie wollte auch gar keine abschließende Regelung treffen; aus ihren Handlungen (Einfügung des § 508 I ZPO) und Unterlassungen (den §§ 516, 552 entsprechende Regelung bei § 339) dürfen daher auch keine Rückschlüsse auf die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit einer Analogie gezogen werden. Ähnliches muß für die übrigen, auf gesetzliche Bestimmungen gestützten Argumente des Landgerichts Weiden gelten: Der Wille des Gesetzgebers ist namentlich im Zivilprozeßrecht eine schwache Stütze.

Zu dem von Rosenberg über die öffentliche Zustellung Gesagten kann noch hinzugefügt werden, daß es wohl eine Überforderung dieses Rechtsinstituts bedeuten würde, wollte man in ihm eine „wesentliche Rechtsgarantie für die im Termin nicht erschienene und dann verurteilte Partei“ erblicken.

Die Argumente Rosenbergs gegen das Landgericht Weiden hat sich dann auch das Landgericht Stuttgart³⁹⁾ zu eigen gemacht und wiederum die §§ 516, 552 auch beim Einspruch gegen ein Versäumnisurteil für entsprechend anwendbar erklärt. In der Begründung wird unterstrichen, die §§ 516, 552 ließen deutlich den Willen des Gesetzgebers erkennen, daß nach einer bestimmten Frist unabhängig vom Willen der Parteien eine Entscheidung des Gerichts in Rechtskraft erwachsen solle. Dies habe so wie für die sofortige Beschwerde auch für das Versäumnisurteil zu gelten. Wenn es sich auch beim Einspruch um kein echtes Rechtsmittel handle, so müßte doch die Einspruchsfrist mit den Rechtsmittelfristen gleichbehandelt werden. Diese Entscheidung ist vorerst die letzte, die sich auf die Seite Rosenbergs stellt. Die weiteren, zur gleichen Frage ergangenen Entscheidungen des Landgerichts Düsseldorf⁴⁰⁾, des Oberlandesgerichts Celle⁴¹⁾, des Landgerichts Frankenthal⁴²⁾ und schließlich — wenn auch mit der begreiflichen Beschränkung auf das Verfahren vor den Arbeitsgerichten — des Bundesarbeitsgerichts⁴³⁾ nehmen den gegenteiligen Standpunkt ein, verneinen also die Anwendbarkeit der §§ 516, 552 auf den Einspruch. In der Begründung bringen diese Entscheidungen — z. T. in fast wörtlicher Anlehnung — weitgehend die gleichen Überlegungen wie das Landgericht Weiden. Mit Nachdruck wird auf den Unterschied des Einspruchs zu den Rechtsmitteln, auf die „absichtlich“ unterlassene Angleichung des § 339 an die §§ 516, 552, auf den § 508 I ZPO und auf die „Aushöhlung“ des Instituts der öffentlichen Zustellung hingewiesen.

Diese Gesichtspunkte mögen einer Überlegung wert sein; sie müßten aber doch in ihrer mehr oder minder formellen Natur hinter den rechtspolitischen Erwägungen zurücktreten, die Rosenberg zu seiner Auffassung geführt haben, hinter der Notwendigkeit nämlich, daß auch beim Versäumnisurteil nach Ablauf einer bestimmten Zeit der Rechtsfriede eintreten soll, den die

³⁹⁾ MDR 56/110.

⁴⁰⁾ NJW 56/834.

⁴¹⁾ MDR 57/235.

⁴²⁾ JR 57/345; eine frühere Entscheidung dieses Gerichts (in MDR 54/237) wird von Rosenberg (aaO. S. 498) irrtümlich als in seinem Sinne betrachtet, da der (lediglich abgedruckte) Leitsatz die Frage ausdrücklich offenläßt: „Selbst wenn der Einspruch gegen ein nichtzugestelltes Versäumnisurteil entsprechend den §§ 516, 552 ZPO nur innerhalb 6 Monaten (I) seit der Verkündung zulässig ist . . .“

⁴³⁾ NJW 57/518.

§§ 516, 552 beim kontradiktorischen Urteil gewährleisten. Die Auffassung Rosenbergs müßte aber zurücktreten, wenn sich ein — ebenfalls rechtspolitisches —, gleichgewichtiges Argument gegen die Anwendung des Befriedigungsgedankens auf das Versäumnisurteil finden ließe.

Ein solches Argument bringt aber (neben den übrigen, bereits erwähnten Gesichtspunkten) das Landgericht Düsseldorf (aaO.). Im Gegensatz zum kontradiktorischen Urteil, so wird ausgeführt, sei es beim Versäumnisurteil durchaus möglich, daß die Partei von einem Verhandlungstermin, in welchem das Versäumnisurteil verkündet wurde, keine Kenntnis besessen habe. Es sei auch denkbar, daß die säumige Partei nicht einmal gewußt habe, daß gegen sie überhaupt eine Klage anhängig gemacht worden war, wenn nämlich die Klagschrift im Wege der Ersatzzustellung gem. §§ 181, 182 ZPO zugestellt worden und das zuzustellende Schriftstück nicht in den Besitz der säumigen Partei gelangt sei. Würde das Versäumnisurteil in diesem Falle nach dem Ablauf von 5 Monaten und einer bzw. zwei Wochen nach Verkündung rechtskräftig werden, so würde die säumige Partei zu einer Leistung verurteilt sein, ohne sich dagegen zur Wehr setzen zu können. Insbesondere hätten es dann unredliche Gläubiger in der Hand, sich auf diesem Wege einen rechtskräftigen Titel für eine nichtbestehende Forderung zu beschaffen, indem sie es einfach unterließen, das Versäumnisurteil vor Ablauf von 5 Monaten und einer bzw. zwei Wochen dem Gegner zuzustellen. Die säumige Partei könne, ohne daß ihr im Einzelfall ein prozessuales Verschulden zur Last zu legen sei, diesen Titel nicht aus der Welt schaffen. Daß ein solches Ergebnis, so folgert das Landgericht Düsseldorf, mit rechtsstaatlichem Denken unvereinbar sei, könne nicht zweifelhaft sein.

Die gleiche Überlegung bringt Mews in seiner allerjüngsten Abhandlung zum Thema: „Werden Versäumnisurteile ohne Zustellung rechtskräftig⁴⁴⁾?“ Auch er verneint diese Frage, bringt beachtliche Argumente aus Gesetz und Gesetzgebung (hauptsächlich im bereits besprochenen Sinn) und führt namentlich aus, man müsse aber auch daran denken, daß die §§ 516, 552 ihre Rechtfertigung darin hätten, daß hier eine Partei im Rechtsstreit bereits verhandelt habe, notwendigerweise wisse, daß eine gerichtliche Entscheidung auf die Verhandlung folgen müsse. Beim Versäumnisurteil habe die säumige Partei diese Kenntnis meist nicht, ja sie habe — und Mews verweist auf die Entscheidung des Landgerichts Düsseldorf — manchmal nicht einmal Kenntnis von der Klage. Mews kommt zu dem Ergebnis, die Zustellung des Versäumnisurteils sei die wirksamste, ja die einzige Garantie dafür, daß der Verurteilte überhaupt in die Lage komme, seine Rechte zu wahren.

Diese Überlegungen, die Mews im Anschluß an das Landgericht Düsseldorf anstellt, sind in der Tat an Tragweite und Überzeugungskraft so schwerwiegend, daß sie die Rosenberg'sche These zu Fall bringen müssen. Es ist richtig, daß der Analogieschluß in der Regel dem Fortschritt des Rechts dient — und er hat hierin gerade in unserem mancherorts antiquierten Zivilprozeß ein reiches Betätigungsfeld, er muß aber dort zurücktreten, wo er zu Konsequenzen führt, oder auch nur führen kann, die mit den grundlegenden Forderungen einer prozessualen Gerechtigkeit nicht vereinbar sind. Seit alters her gehört die Forderung „audiatur et altera pars“ zu ihnen, die For-

⁴⁴⁾ NJW 57/591.

derung, daß vor Gericht beide Seiten zu hören sind, die in der ZPO zwar grundsätzlich nicht ausgesprochen⁴⁵⁾, nunmehr durch Art. 103 Abs. I des Grundgesetzes aber auch verfassungsmäßig verbrieftes Recht jedes einzelnen ist. Im Sinne der in unserem Zivilprozeß herrschenden Parteiautonomie bedeutet sie die Möglichkeit, die jeder Partei zu rechtlichem Gehör gegeben sein muß. Dort aber, wo diese Möglichkeit nicht gewährleistet ist, ist der Grundsatz des rechtlichen Gehörs verletzt und damit die Rechtsstaatlichkeit des Verfahrens erschüttert. Wenn davon ausgegangen werden muß, daß die Prozeßordnung ohne das Institut der Ersatzzustellung nicht auskommt, weil die Wirksamkeit einer Zustellung nicht von der in ihrem Willen stehenden Erreichbarkeit der Partei abhängen soll, so ist den Bedenken, die Mews mit dem Landgericht Düsseldorf an sie im Zusammenhang mit dem Säumnisverfahren knüpft, durchaus beizupflichten. Allerdings sind sie nur insoweit gerechtfertigt, als sie sich auf die Zustellung der Klage beziehen. Die (Ersatz-)Zustellung des Versäumnisurteils setzt nämlich die Einspruchsfrist in Lauf, und § 233 II gewährt gerade für diesen Fall der Partei einen zusätzlichen Wiedereinsetzungsgrund, „wenn sie von der Zustellung des Versäumnisurteils ohne ihr Verschulden keine Kenntnis erlangt hat“.

Wurde der Partei also innerhalb eines ihr bekannten Prozesses ein Versäumnisurteil über die §§ 181, 182 zugestellt, so kann sie sich gegen dessen Rechtskraft über § 233 II zur Wehr setzen. Die Anwendbarkeit der §§ 516, 552 auf den Einspruch könnte ihr also dann gar keine Gefahr bringen.

Anders wäre es, wenn die Klage selbst im Wege der Ersatzzustellung gegen sie erhoben worden wäre, sie hiervon — etwa wegen der Unachtsamkeit der Ersatzperson — keine Kenntnis erlangt und die Gegenpartei im Verhandlungstermin ein Versäumnisurteil nach Klageantrag erlangt hätte. Unterließe der Kläger dann die Zustellung des Versäumnisurteils, so würde — wie nunmehr das Landgericht Düsseldorf und Mews mit Recht folgern — der Beklagte nach 5 Monaten und einer bzw. zwei Wochen einer rechtskräftigen Entscheidung gegenüberstehen, ohne überhaupt vom Schweben des Prozesses und somit von der Möglichkeit einer solchen Entscheidung eine Ahnung gehabt zu haben. Kein Rechtsbehelf, kein Rechtsmittel und keine Wiedereinsetzungsmöglichkeit stünden ihm dann zu Gebote. Auch wenn eine solche Möglichkeit noch so entferntliegend wäre, müßte sie ausreichen, um die Anwendbarkeit der §§ 516, 552 auf den Einspruch zu verbieten. Sie ist es aber gar nicht; denn die Ersatzzustellung ist eine alltägliche Erscheinung im Prozeßgeschehen und das Versagen der Ersatzperson (aus Vergeßlichkeit oder Gleichgültigkeit gegenüber behördlichen Dingen) leider ebenfalls. Man wird daher der Forderung Rosenbergs, auch wenn sie noch so viel Gutes für sich hat, kein Gehör schenken dürfen⁴⁶⁾ und die Anwendbarkeit der §§ 516, 552 auf die rechtsmittelfähige Entscheidung beschränken

⁴⁵⁾ Sie klingt aber in einzelnen ihrer Bestimmungen durch, so in den §§ 136, 139, 141 und auch in der Säumnisvorschrift des § 337 (mit Rosenberg aaO. S. 8).

⁴⁶⁾ Neuerdings wird sie auch abgelehnt von Wiczorek (Anm. A II zu § 339): „Bei Versäumnisurteilen läuft keine Frist von der Verkündung ab ohne Rücksicht auf die Zustellung, wie dies bei den Rechtsmitteln nach §§ 516 und 552 vorgeschrieben ist; entsprechend sollten diese Normen nicht angewandt werden.“

müssen, bei der der Grundsatz des rechtlichen Gehörs in allen denkbaren Fällen (auch der sofortigen Beschwerde) gewährleistet ist⁴⁷⁾.

c) Weit weniger problematisch als die zeitliche Zulässigkeit des Einspruchs ist die Frage, in welchem Umfang er zulässig ist. Daß der Einspruch sich auf einen solchen Teil des Versäumnisurteils beschränken kann, der Gegenstand eines Teilurteils sein kann⁴⁸⁾, ergibt sich bereits aus der Überlegung, daß das Versäumnisurteil selbst von vornherein in Form eines Teilurteils ergehen kann⁴⁹⁾ und somit auch nachträglich durch den beschränkten Einspruch zu einem solchen werden darf. Mit Recht hat auch das Reichsgericht schon sehr früh betont⁵⁰⁾, daß die Bestimmung des § 99 ZPO (seinerzeit § 94) auf den Einspruch keine Anwendung finde, daß er also auch auf den Kostenpunkt beschränkt sein könne. In der Begründung führt das Reichsgericht überzeugend aus, wenn der Prozeß durch den zulässigen Einspruch in die Lage zurückversetzt werde, in der er sich vor Eintritt der Versäumnis befunden hat, so sei kein Grund ersichtlich, weshalb nicht bei inzwischen erledigter Hauptsache diese neuen Verhandlungen ebenso auf den Kostenpunkt beschränkt werden könnten, wie dies in dem ersten Verfahren vor Eintritt der Versäumnis hätte der Fall sein können. § 94 beruhe darauf — und das Reichsgericht zitiert die Motive — daß es mißlich sei, Rechtsmittel wegen unrichtiger Entscheidung des Kostenpunktes allein zuzulassen, da die Erfahrung gezeigt habe, wie schwierig in der Praxis die Beurteilung der Entscheidung im Kostenpunkt von derjenigen über die Hauptsache zu trennen sei. Dies treffe beim Einspruch, der keine neue Instanz eröffnet, nicht zu. Dieser Überlegung ist nichts hinzuzufügen; sie hat heute wie damals volle Berechtigung, auch wenn der insoweit irreführende Text des § 99 I noch nicht geändert wurde. Nach ihm dürfte eine Entscheidung (also auch das Versäumnisurteil) nur im Zusammenhang mit der Rechtsmitteleinlegung gegen die Hauptsacheentscheidung im Kostenpunkt angefochten werden; nach dem Gesagten aber ergibt sich, daß der Kostenpunkt allein auch ohne die Hauptsache im Wege des Einspruchs aufgegriffen werden kann.

3. Die Wirkung des Einspruchs:

Bereits bei der Besprechung des Einspruchssystems⁵¹⁾ wurde, um eine Abgrenzung des Einspruchs von den Rechtsmitteln zu ermöglichen, die formelle und materielle Wirkung des Einspruchs insoweit umrissen, als er einerseits

⁴⁷⁾ Der Auffassung Wieczoreks hat sich unter Berufung auf sie und auf die o. a. Entscheidung der Landgerichte Weiden, Düsseldorf und Frankenthal der Bundesgerichtshof in einem nach Fertigstellung der Arbeit ergangenen Urteil (NJW 59/1871) angeschlossen. Der BGH verwirft den Analogieschluß Rosenbergs und der ihm folgenden Rechtsprechung (s. o.) in seiner angesichts der Bedeutung der Frage recht spärlichen Begründung allein unter Hinweis darauf, daß der Gesetzgeber weder bei der Neufassung der §§ 516, 552 noch späterhin „diese Bestimmungen in die Vorschrift des § 339 ZPO übertragen“ habe.

⁴⁸⁾ Mit Rosenberg aaO. S. 498, Münzberg aaO. S. 108 und allg. Meinung.

⁴⁹⁾ S. dazu oben II B 1.

⁵⁰⁾ RGZ 13/329, in der Rechtsprechung außerdem Obergericht Danzig HRR 1938 Nr. 979.

⁵¹⁾ Oben unter 1.

keinen Devolutiveffekt besitzt und andererseits nicht unmittelbar das Versäumnisurteil angreift, sondern lediglich die Fortsetzung des Prozesses herbeiführt, von deren Ergebnis dann erst das Weiterbestehen oder die Aufhebung des Versäumnisurteils abhängt. Die erstere, formelle Wirkung ergibt sich aus § 342, die letztere, materielle, geht aus der Vorschrift des § 343, der den Tenor des nach einem Versäumnisurteil ergehenden Endurteils festlegt, und u. a. aus der für Versäumnisurteile durch § 708 Ziff. 3 ZPO allgemein angeordneten vorläufigen Vollstreckbarkeit hervor, die — wie sich aus § 719 I ergibt⁵²⁾ — trotz zulässigem Einspruch weiterbesteht. Da aber das Versäumnisurteil einerseits selbst Endurteilscharakter besitzt und andererseits sein Weiterbestehen innerhalb der in den meisten Fällen wohl bereits in Lauf befindlichen Einspruchsfrist durch das mit dem Einspruch notwendig gewordene kontradiktorische Urteil kaum mehr bejaht oder verneint werden kann, ist es erforderlich, dem Einspruch die gleiche rechtskrafthemmende Wirkung zuzusprechen wie den ordentlichen Rechtsmitteln. Dies geschieht folgerichtig durch § 705. — Die Vorschrift des § 342, der die formelle Einspruchswirkung umreißt, ist insoweit eindeutig, als sie davon spricht, daß der Prozeß „in die Lage zurückversetzt“ wird, „in der er sich ... befand“. Damit steht zweifelsfrei fest, daß alle Handlungen der Parteien und alle Maßnahmen des Gerichts mit ihren prozessualen und etwaigen materiellrechtlichen Wirkungen wieder aufleben. Dies gilt nicht nur für bereits ergangene (Zwischen-, insbesondere Grund-)Urteile, von denen bereits die Motive sprechen⁵³⁾, sondern auch für Beweisbeschlüsse und -erhebungen, für Anerkenntnisse und Verzichte u. s. f. Die so getroffene Formulierung des § 342 war im Hinblick auf § 332 erforderlich, mit dem sie in begrifflichem Zusammenhang steht. Wenn nun einmal die unglückliche Regelung getroffen ist, daß ein Versäumnisurteil in jeder Lage des Prozesses ergehen kann, dann muß die Einspruchswirkung wenigstens so gestaltet sein, daß all die vielen möglichen prozessualen Geschehnisse, die es — seinem Wesen entsprechend — nicht berücksichtigt, für das weitere Verfahren und schließlich das zu erlassende Endurteil von Bedeutung bleiben⁵⁴⁾.

Weniger verständlich und eindeutig ist § 342 allerdings insoweit, als er davon spricht, daß die zurückversetzende Wirkung bis zu dem Zeitpunkt „vor Eintritt der Versäumnis“ stattfindet. Freilich ist es notwendig, bei Festlegung einer prozessualen Wirkung auch für diese einen Zeitpunkt zu schaffen oder eine Grenze festzusetzen. Doch hätten sich gerade für den Fall der Einspruchswirkung leichtere und vor allem verständlichere Möglichkeiten angeboten: So hätte vom „Erlaß (Verkündung) des Versäumnisurteils“ oder von der „Antragstellung“ gesprochen werden können. Wenn nun aber gerade der „Eintritt der Versäumnis“ gewählt wird und über dieses Ereignis in anderen Bestimmungen keine eindeutige — oder jedenfalls keine naheliegende — Regelung getroffen ist, so ist es nicht verwunderlich, wenn sich in diesem Punkte Zweifel ergeben. In der Tat hat sich an der Frage,

⁵²⁾ Mit Rosenberg aaO. S. 499.

⁵³⁾ S. 235, Hahn aaO. S. 298.

⁵⁴⁾ Auch in diesem Sinne ist die Äußerung der Motive (S. 234, Hahn aaO. S. 297), daß das System ... des Einspruchs das notwendige Korrelat zu den strengen Kontumazialfolgen der §§ 285, 286 (jetzt 330, 331) bilde, zu verstehen.

wie weit die zurückversetzende Wirkung des Einspruchs reicht, ein Meinungsstreit entzündet, der trotz bereits mehrfach ergangener höchstgerichtlicher Entscheidungen⁵⁵⁾ noch nicht verklungen ist.

Bereits bei der Erörterung des Säumnisbegriffes⁵⁶⁾ wurde auf § 220 II hingewiesen, der als einzige Bestimmung über den Zeitpunkt der Säumnis Aufschluß geben kann. Es ließ sich bei der Untersuchung dieser Bestimmung aber das Ergebnis nicht vermeiden, daß die dortige Regelung weder in ihrer Begründung überzeugt, noch sich dogmatisch rechtfertigen läßt. Es ist aber durchaus nicht gleichgültig, auf welchen Zeitpunkt innerhalb des Säumnistermins man den Eintritt der Säumnis legt; denn es können auch im Laufe dieses Termins prozessuale Geschehnisse eintreten, die, falls sie von der zurückversetzenden Einspruchswirkung erfaßt werden, von Bedeutung für den weiteren Verlauf des Verfahrens sind.

Namentlich im Falle eines gegen den Kläger ergangenen Versäumnisurteils taucht diese Frage auf. Der erschienene Beklagte hat dann nämlich, um das Versäumnisurteil herbeizuführen, neben dem auf seinen Erlaß gerichteten (Prozeß-)Antrag auch den (Sach-)Antrag auf Klageabweisung gestellt⁵⁷⁾ oder wenigstens sind diese beiden Anträge in seinem Begehren auf klageabweisendes Versäumnisurteil zu erblicken⁵⁸⁾. Er hat somit zur Hauptsache verhandelt, sich auf die Klage eingelassen. An eine solche Sacheinlassung knüpft aber die Prozeßordnung verschiedenenorts Folgen, die bestimmte Möglichkeiten des Parteiverhaltens ausschließen oder wenigstens erschweren. So wird durch eine bereits stattgefundene Verhandlung zur Hauptsache

- a) dem Beklagten die Rüge der Unzuständigkeit genommen (§ 39),
- b) ihm die Möglichkeit versagt, mit der Wirkung des § 93 „sofort“ anzuerkennen,
- c) die Einwilligung des Beklagten zu einer Klageänderung als stattgefunden betrachtet (§ 269),
- d) eine Klagerücknahme an eine solche Einwilligung gebunden (§ 271 I) und
- e) die Rüge von heilbaren Verfahrensmängeln ausgeschlossen (§ 295⁵⁹⁾).

⁵⁵⁾ des Reichsgerichts in RDZ 167/293 und des Bundesgerichtshofes in BGHZ 4/339; die Entscheidungen werden im folgenden genauer besprochen.

⁵⁶⁾ Oben unter I 2. b).

⁵⁷⁾ S. dazu die Besprechung dieser Voraussetzungen der Säumnisentscheidung unter II A 2.

⁵⁸⁾ weshalb der Bundesgerichtshof und das Reichsgericht (aaO.) auch davon sprechen können, daß der Beklagte durch den Antrag auf Versäumnisurteil zur Hauptsache verhandelt habe.

⁵⁹⁾ Münzberg (aaO. S. 29, 30) zählt zu den hier angeführten Folgen der Sacheinlassung auch die Fälle der Richterablehnung (§ 43), der Urheberbenennung (§ 76 I) und der Geltendmachung prozeßhindernder Einreden (§ 274 III) hinzu. Da die in diesen Bestimmungen festgelegten Wirkungen nicht, jedenfalls nicht notwendig, an eine Sacheinlassung geknüpft sind, muß Münzberg seinen Katalog unter dem (leicht in die Irre führenden) Begriff der „Präklusionswirkungen“ zusammenfassen. Einerseits wegen der Seltenheit dieser Fälle, andererseits aus Gründen einer übersichtlichen und leichter faßlichen Darstellung wurde hier auf ihre Einbeziehung in die folgenden Erörterungen verzichtet. Freilich darf nicht verkannt werden, daß das auf den Erlaß eines Versäumnisurteils gerichtete Begehren des Erschienenen die Voraussetzungen der genannten Bestimmungen erfüllt.

Alle diese Wirkungen treten ein, wenn man den Eintritt der Säumnis auf den Schluß des Säumnistermins legt⁶⁰⁾. Sie wären aber ebenso selbstverständlich vermieden, wenn man für diesen Zeitpunkt den Terminsbeginn oder wenigstens die Stellung des Antrags auf Erlaß des Versäumnisurteils wählen würde.

Die herrschende Meinung hält die Entscheidung dieser Frage im letzteren Sinne für angebracht. Die Notwendigkeit hierzu wird namentlich aus der unter d) wiedergegebenen Wirkung der Sachverhandlung nach § 271 I hergeleitet. Dem Kläger würden — so argumentiert der Bundesgerichtshof⁶¹⁾ — durch die Bindung der Klagerücknahme an die Einwilligung des Beklagten aus seinem Nichterscheinen oder Nichtverhandeln trotz seines Einspruchs sachliche Nachteile erwachsen, während durch § 342 dem Säumigen die Möglichkeit gegeben sein soll, durch seinen Einspruch die Folgen seiner Säumnis wieder zu beseitigen. Auch das Reichsgericht⁶²⁾ hat betont, der einspracheinlegende Kläger müsse so gestellt werden, daß er im neuen Termin alles das geltend machen könne, was er hätte vorbringen können, wenn er von dem ihm gebotenen rechtlichen Gehör Gebrauch gemacht hätte. Beide Gerichte halten aus dieser Überlegung heraus eine Zurücknahme der Klage (oder des Rechtsmittels) nach — im ersten Verhandlungstermin ergangenem — Versäumnisurteil ohne die durch § 271 I geforderte Einwilligung des (Rechtsmittel-)Beklagten für zulässig.

Göppinger kommt in seiner ausführlichen Stellungnahme zu dieser Frage⁶³⁾ gerade zum umgekehrten Ergebnis. Wenn, so folgert er, der säumige Kläger durch den zulässigen Einspruch so gestellt werden müsse, als sei das Versäumnisurteil nicht ergangen, so bedeute dies, daß seine Stellung die gleiche sein müsse, wie wenn er nicht säumig gewesen wäre, was aber besagen müsse, als ob er erschienen wäre und verhandelt hätte. In diesem Falle könne er aber nicht mehr die Klage ohne Einwilligung des Beklagten zurücknehmen. Die Auffassung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofs sei somit widerspruchsvoll. Sie bedeute im Ergebnis, daß der säumige Kläger insoferne durch den Einspruch und die Zurücksetzung des Rechtsstreits günstiger gestellt würde, als wenn er nicht säumig gewesen wäre.

Dieses völlig gegensätzliche Ergebnis, zu dem die beiden Auffassungen⁶⁴⁾ aufgrund des gleichen Sachverhaltes kommen, zeigt, wie gefährlich es ist,

⁶⁰⁾ Dies leugnet allerdings Goldschmidt (aaO. S. 352), der mit der Säumnis am Schlusse des Termins den unter der „Bedingung“ ihres Eintritts gestellten Antrag auf Erlaß des Versäumnisurteils erst wirksam werden, diese Wirksamkeit — und damit die an die Sachverhandlung geknüpften Folgen — aber bei eingelegtem Einspruch aufgrund des § 342 wieder entfallen läßt. Dieser Konstruktion Goldschmidts vom „bedingten Antrag“, der bislang niemand gefolgt ist, tritt Münzberg (aaO. S. 45 ff) mit überzeugenden Argumenten entgegen. Namentlich weist er (aaO. S. 48) mit Recht darauf hin, daß jedenfalls der neben oder zugleich mit der Prozeßbitte auf Erlaß der Entscheidung gestellte Sachantrag „unbedingt“, also ohne Rücksicht auf eine eintretende Säumnis, gestellt sei und daß es doch gerade dieser Teil der mündlichen Verhandlung sei, der die „Präklusionswirkungen“ herbeiführe.

⁶¹⁾ aaO.

⁶²⁾ aaO.

⁶³⁾ „Klagerücknahme nach klageabweisendem Versäumnisurteil“, ZZP 66/284 ff.

⁶⁴⁾ Zur Ansicht Münzbergs, der insofern eigene Wege geht, als er (aaO. S. 55 ff), § 271 I nur bei kontradiktorischer Verhandlung anwenden, diese „Präklusionswirkung“ also von vornherein außer Betracht lassen will, wird im Zusammenhang mit den folgenden Ausführungen (vgl. Fußn. 77) Stellung genommen.

den Boden des Gesetzes zu verlassen und sich auf das Gebiet von Zweckmäßigkeits- und Billigkeitserwägungen zu begeben. § 342 will nicht den Säumnigen, sondern — dem Wortlaut entsprechend — den Prozeß in die Lage zurückversetzen, in der er sich vor Eintritt der Säumnis befand. Diese Bestimmung beabsichtigt nicht die Bevorzugung oder Benachteiligung einer Partei, sondern befaßt sich als prozessuale Vorschrift nur mit dem Prozeßgeschehen. Nachdem das Säumnisverfahren seine prozeßbeschleunigende Aufgabe wegen des eingelegten Einspruchs nicht erfüllen konnte, will § 342 wenigstens dafür sorgen, daß sich diese Aufgabe nicht ins Gegenteil verkehrt und eine Prozeßverzögerung entsteht. Über diese formelle Einspruchswirkung hinausgehende Funktionen dürfen in diese Bestimmung daher nicht hineingelegt oder aus ihr herausgelesen werden.

Es muß daher die Frage nach dem Zeitpunkt des Eintritts der Säumnis nach Möglichkeit aus dem Gesetz beantwortet werden und erst, wenn die sich ergebende Antwort die aufgezeigte Absicht des § 342 in Frage stellt oder ihr gar zuwiderläuft, darf die Auslegung, die dann freilich auch nur dieser Absicht dienen darf, zum Zuge kommen: Tritt man dem Gesetz ohne Vorbehalt entgegen, so muß man — was bereits bei der Erörterung des Säumnisbegriffs festgestellt wurde⁶⁵⁾ — die gesuchte Antwort im § 220 II finden, wo es heißt, daß der Termin von einer Partei versäumt ist, „wenn sie bis zum Schluß nicht verhandelt“. Die Lage am Schluß des Säumnistermins entscheidet also darüber, ob die Säumnis als wichtigste Voraussetzung des Versäumnisurteils vorliegt; bis dahin ist die Voraussetzung noch nicht erfüllt, ist die Säumnis noch nicht „eingetreten“⁶⁶⁾.

Die Überlegung muß nun dahin gehen, ob diese Lösung des Gesetzes dem Sinn des § 342, eine Verzögerung des Prozesses durch das Säumnisverfahren zu verhüten, gerecht wird. Die Frage ist zu bejahen: Wenn die zurückversetzende Wirkung des § 342 nur bis zum Schluß des Säumnistermins reicht, dann geht dieser Termin dem Prozeß nicht verloren, dann können alle seine prozessualen Geschehnisse für den weiteren Verlauf des Verfahrens ihre Bedeutung behalten und brauchen nicht wiederholt zu werden. Wollte man der Argumentation des Bundesgerichtshofs⁶⁷⁾ folgen und sagen, die Bestimmung des § 220 II bedeute nur, „daß die Partei, die anfänglich nicht aufgetreten ist, bis zum Schluß des Termins noch die Möglichkeit hat, zu verhan-

⁶⁵⁾ Oben unter I 2. b).

⁶⁶⁾ Es erscheint — jedenfalls im Rahmen der hier gestellten Aufgabe — als wenig ersprießlich, Überlegungen darüber anzustellen, ob der „Schluß des Termins“ im Sinne des § 220 II vor oder nach der Entscheidungsverkündung liegt. Münzberg, auf dessen Ausführungen (S. 39—42 aaO.) insoweit verwiesen werden darf, setzt sich hierüber eingehend mit sich widersprechenden Äußerungen im älteren Schrifttum auseinander. Wenn einerseits feststeht, daß das Versäumnisurteil von der Einspruchswirkung unberührt bleibt (s. dazu oben unter 1.), und andererseits der Säumnistermin in aller Regel mit der Entscheidungsverkündung endet, ist die Frage ohnehin nur von vornherein die, ob die bis zur Entscheidungsverkündung eingetretenen prozessualen Geschehnisse vor dem Eintritt der Säumnis liegen oder nicht.

⁶⁷⁾ aaO.; treffend charakterisiert sie Münzberg (aaO. S. 43): „Diese gekünstelt erscheinende und angesichts des klaren und widerspruchsfreien Verhältnisses von § 220 Abs. 2 und §§ 330 f. ZPO überflüssige Konstruktion einer auflösenden Bedingung verdeckt nur unvollkommen den Umstand, daß in Wahrheit eine echte Rückwirkung der (erst später eintretenden) Versäumnis erzielt werden soll.“

deln und dadurch den Erlaß eines Versäumnisurteils gegen sie abzuwenden“, daß sie aber bereits mit ihrem Nichtauftreten säumig sei, „wenn sie von dieser Möglichkeit keinen Gebrauch macht und bis zum Schluß nicht verhandelt“, so könnte der Prozeß durch den zulässigen Einspruch nur in die Lage bis zum Beginn des Säumnistermins zurückversetzt werden⁶⁸⁾, und alle zwischen diesem Zeitpunkt und dem Erlaß des Versäumnisurteils liegenden Parteihandlungen und Gerichtsmaßnahmen mit ihren prozessualen Wirkungen müßten unter den Tisch fallen. Dies müßte für etwaige Geständnisse, Anerkenntnisse oder Verzichte der erschienenen Partei, ja selbst für eine Beweisaufnahme gelten, die doch gem. § 370 I auch innerhalb eines Säumnistermins stattfinden kann. Ein solches Ergebnis läuft aber dem Zweck des § 342 völlig zuwider; es wäre durch das Säumnisverfahren gerade die Verzögerung des Prozesses eingetreten, die diese Bestimmung verhindern will. Diese Konsequenz suchen Stein-Jonas-Schönke⁶⁹⁾ und Baumbach-Lauterbach⁷⁰⁾ dadurch zu vermeiden, daß sie den für die Zurückversetzung maßgeblichen Zeitpunkt in die Antragstellung des Beklagten auf Erlaß des Versäumnisurteils legen. Stein-Jonas-Schönke rechtfertigt dies damit, daß sich dieser Antrag auf die Säumnis stütze und sie voraussetze. Während die Argumentation des Bundesgerichtshofs sich noch an die hergebrachten Regeln der Auslegung hält und versucht, dem Wortlaut des Gesetzes nach Möglichkeit Genüge zu tun, ist eine derartige Definition der formellen Einspruchswirkung nicht mehr gerechtfertigt. Eintritt der Säumnis und Stellung des Antrags sind *nebeneinander* Voraussetzungen der Säumnisentscheidung⁷¹⁾, sind in ihren Zeitpunkten verschieden⁷²⁾ und können nicht beliebig ausgetauscht werden, zumal gerade dann nicht, wenn das Gesetz einen Zeitpunkt festlegen will. Reine Zweckmäßigkeitsüberlegungen — und nur solche können die beiden ZPO-Kommentare zu ihrer Auffassung geführt haben — dürfen aber dem klaren („...Eintritt der Säumnis...“) und daher nicht auslegungsfähigen Wortlaut des Gesetzes nicht vorgezogen werden⁷³⁾. Wenn also, wie zu zeigen versucht wurde, die Auslegung, der der Bundesgerichtshof die Vorschrift des § 220 II unterwirft, dem Ziel des § 342 nicht gerecht wird, wird man nicht umhin können, der doch insoweit recht klaren Regelung des § 220 II zu folgen und den Zeitpunkt des Eintritts der Säumnis auf den Schluß des Säumnistermins zu legen⁷⁴⁾. Ob die dortige Regelung

⁶⁸⁾ Wörtlich sagt dies Sommerfeld aaO. S. 45/46.

⁶⁹⁾ Anm. I zu § 342.

⁷⁰⁾ Anm. zu § 342; zurück geht diese Auffassung bereits auf Troll (aaO. S. 9 ff u. 68 ff).

⁷¹⁾ S. dazu oben II 1.

⁷²⁾ So wird der bereits gestellte Antrag auf Säumnisentscheidung hinfällig, wenn der Säumige vor deren Erlaß innerhalb des Säumnistermins noch erscheint und verhandelt (mit Göppinger aaO. S. 287/288); schon deshalb kann man nicht — wie Stein-Jonas-Schönke — davon sprechen, daß der Antrag auf Versäumnisurteil die Säumnis voraussetze, sondern er geht davon aus, daß sie noch eintritt.

⁷³⁾ Münzberg lehnt die Auffassung Trolls und der beiden ZPO-Kommentare zwar nicht aus den hier aufgezeigten Gründen ab — insbesondere hält er sie wohl für vereinbar mit dem Wortlaut des § 230 II (vgl. aaO. S. 32) —, spricht aber (aaO. S. 69/70) bei der Unterscheidung zwischen Prozeßhandlungen vor und nach der Antragstellung von „befremdlichen Ergebnissen“, die „an Formalismus kaum zu überbieten“ seien.

⁷⁴⁾ Zu diesem Ergebnis kommt auch Münzberg (aaO. S. 44), wobei er — seiner Unterscheidung zwischen Termin im engeren und weiteren Sinn entsprechend —

die beste der möglichen Lösungen ist, ist freilich eine andere Frage, die — wie bereits betont — bei der Erörterung des Säumnisbegriffs allerdings verneint werden mußte⁷⁵⁾. Hätte der Gesetzgeber durch eine andere Fassung des § 220 II den für die Säumnis maßgeblichen Zeitpunkt anders geregelt, ihn etwa auf den Anfang des Termins gelegt, dann wäre dieser Zeitpunkt auch im Sinne des § 342 unbedenklich. Es bestünde dann nicht die Möglichkeit, die der Bundesgerichtshof im Hinblick auf § 220 II einräumen muß, daß die Partei die Säumnisfolgen noch abwendet; der Säumnistermin wäre dann in aller Regel nur auf den Erlaß des Versäumnisurteils beschränkt, und es könnte dem weiteren Verlauf des Verfahrens nichts schaden, wenn dieser Termin durch die zurückversetzende Wirkung des Einspruchs unter den Tisch fiel.

Wenn aber — dem Grundgedanken des § 342 und der im § 220 II getroffenen Regelung entsprechend — die prozessualen Geschehnisse innerhalb des Säumnistermins für die durch den Einspruch notwendig gewordene Weiterführung des Prozesses ihre Bedeutung und Wirkung beibehalten, so darf es hiervon keine Ausnahme geben. Somit hat auch der neben der „Prozeßbitte“ auf Erlaß des Versäumnisurteils gestellte Sachantrag als Verhandlung zur Hauptsache seine Wirkung erlangt⁷⁶⁾. Die an die Sacheinlassung vom Gesetz verschiedenerorts geknüpften, oben unter a) bis e) aufgezählten Folgen, sind damit eingetreten⁷⁷⁾ und können durch den Einspruch nicht

diesen Zeitpunkt „spätestens mit Beginn der Verkündung des Versäumnisurteils“ eintreten läßt.

⁷⁵⁾ So wurde oben unter II 2. b) die Frage untersucht, ob nicht auch als für das Nichterscheinen und Nichtverhandeln maßgeblicher Zeitpunkt der Anfang des Säumnistermins hätte gewählt werden können. Die aus den Motiven für die getroffene Regelung hervorgehenden Gesichtspunkte des Gesetzgebers wurden hierbei gegenüber den dogmatischen Bedenken nicht als hinreichend stichhaltig befunden.

⁷⁶⁾ Mit Rosenberg aaO. S. 499 und Hellwig aaO. 1. Teil S. 653; Wieczorek (Anm. B zu § 342) will diese Wirkung nur für die nichtsäumige Partei eintreten lassen, weil sie „es in der Hand hatte, sich sogleich auf die ihr günstige Verteidigung einzurichten“. Diese unterschiedliche Behandlung der Parteien läßt sich aber nach dem Gesetz nicht rechtfertigen. Außerdem führt sie gerade bei der Klagerücknahme zu eigenartigen Ergebnissen: So soll nach Wieczorek (Anm. B I zu § 342) — im Ergebnis folgt ihm Münzberg (aaO. S. 56/57) — bei Säumnis und Einspruch des Klägers die Einwilligung des Beklagten nach § 271 I erforderlich sein, bei Säumnis und Einspruch des Beklagten, falls in der Instanz noch nicht verhandelt wurde, hingegen nicht, „denn der Kläger“, so sagt Wieczorek, „hatte noch nicht verhandelt“ (Anm. B II zu § 342). Abgesehen davon, daß diese letztere Behauptung nicht zutrifft — denn der Antrag des erschienenen Klägers ist ebenso Sachverhandlung, wie der des erschienenen Beklagten (insoweit weicht Münzberg (aaO. S. 58) mit Recht von Wieczorek ab) — widerspricht die Folgerung Wieczoreks dem Wortlaut des § 271 I, der die Sacheinlassung des Beklagten voraussetzt.

⁷⁷⁾ Münzberg (aaO. S. 55) nimmt allerdings die unter d) genannte Wirkung, die Bindung einer Klage- oder Rechtsmittelzurücknahme an die Einwilligung des (Rechtsmittel-)Beklagten gem. §§ 271 I, 515 I, 557/515 I aus. Er begründet dies damit, daß es bei Säumnis des Klägers allein der Gegner in der Hand habe, „die Präklusionswirkung des § 271 Abs. 1 durch seine mündliche Verhandlung zur Hauptsache herbeizuführen, ohne daß — wie bei der kontradiktorischen Verhandlung — dem Kläger die Möglichkeit einer Abwendung der Präklusionsfolgen gegeben wäre“. Diese Möglichkeit sieht Münzberg darin, daß dem erschienenen Kläger Gelegenheit gegeben ist, „die Zulässigkeitsvoraussetzungen seiner Klage im Wege mündlicher Verhandlungen zu erörtern, ehe er sich zur Klagerücknahme oder zur Weiterverfolgung seines Anspruchs entschließen muß“. Münzberg berücksichtigt bei

wieder beseitigt werden⁷⁸⁾. Damit kann man im Falle eines gegen den (Rechtsmittel-)Kläger ergangenen Versäumnisurteils zu keinem anderen Ergebnis kommen, als daß die Zurücknahme der Klage oder des Rechtsmittels nach Einspruchseinlegung nunmehr an die Einwilligung des (Rechtsmittel-)Beklagten im Sinne des § 271 I geknüpft ist⁷⁹⁾.

Beachtlich sind auch einige dogmatische Argumente, die Göppinger⁸⁰⁾ gegen die Auffassung des Bundesgerichtshofs und des Reichsgerichts vorbringt: Unter Berufung auf Hellwig⁸¹⁾ und Nikisch⁸²⁾ stellt er heraus, daß der Sachantrag des Beklagten durch den Einspruch des Klägers gegen das Versäumnisurteil seine Wirkung nicht verlieren könne. Nur der (auf Erlaß des Versäumnisurteils gerichtete) Prozeßantrag hänge mit der Säumnis zusammen; für die Stellung des (auf dessen Inhalt gerichteten) Sachantrags sei die Säumnis nicht kausal, da ohne Säumnis davon ausgegangen werden dürfe, daß eine streitige Verhandlung stattgefunden hätte⁸³⁾.

Wolle man fingieren, so folgert Göppinger weiterhin, daß die mündliche Verhandlung nicht stattgefunden habe, so bedeute dies, daß das Versäumnisurteil als ohne Verhandlung und ohne Antrag ergangen angesehen werde,

diesen Überlegungen nicht, daß beim Fehlen einer Prozeßvoraussetzung die Klage ohne Rücksicht auf die Säumnis des Klägers, also ohne seine (notwendige) Stellungnahme hierzu, durch (kontradiktorisches!) Prozeßurteil abgewiesen werden muß (s. dazu oben unter II A 3. a) und unter II B 2.). Das von Münzberg herangezogene „berechtignte Interesse“ des Klägers „daran, daß auch die von Amts wegen zu berücksichtigenden Sachurteilsvoraussetzungen vor dem Gericht erörtert werden, bevor er sich zur Klagerücknahme entschließt“ (aaO. S. 56), kann doch wohl nicht dazu führen, daß das Gericht, statt die Klage als unzulässig abzuweisen, die mündliche Verhandlung vertagt, um dem Kläger — vielleicht erst mit Hilfe des § 139 — Gelegenheit zur Klagerücknahme zu geben! Außerdem steht Münzbergs Auffassung im Widerspruch zum Wortlaut des § 271 I, wenn er die Notwendigkeit der Einwilligung allein von der Sacheinlassung des Beklagten abhängig macht, eine Erkenntnis, der sich Münzberg freilich nicht verschließt (aaO. S. 56), aus der er aber nicht die nötigen Folgerungen zieht. Diese unzweideutige Regelung darf nicht ins gerade Gegenteil dadurch verkehrt werden, daß man die Sacheinlassung des Beklagten solange unberücksichtigt läßt, bis der Kläger Gelegenheit hatte, sich zu Prozeßhindernissen — durch Klagerücknahme oder „Weiterverfolgung des Anspruchs“ — zu äußern; denn dies käme einem Abwarten der Sacheinlassung des Klägers gleich. Wenn der Gesetzgeber — bestimmt nicht unbewußt und wohl aus Gründen der Konzentration — die eigenmächtige Klagerücknahme mit einem Risiko verbunden hat, dann darf diese löbliche Absicht nicht durch eine solche „Auslegung“ — noch dazu, wenn sie nur vom einseitigen Parteiinteresse getragen ist — vereitelt werden. Es besteht daher nicht nur kein Anlaß, sondern auch gar keine Möglichkeit, die Regelung der §§ 271 I, 515 I nur auf eine kontradiktorische Verhandlung zu erstrecken und sie damit bei der Wirkung des Einspruchs auf den Säumnistermin nach § 342 von vornherein außer acht zu lassen.

⁷⁸⁾ Überzeugend begründet dies Hellwig (aaO. 1. Teil S. 653) für die Wirkung des „sofortigen“ Anerkenntnisses nach § 93: Die allgemeine Meinung begünstige die „offenbarste Prozeßschikane“, wenn sie diese Wirkung nach Einspruch noch zulasse; der Beklagte habe ja in diesem Falle mit dem Antrag auf Versäumnisurteil „ein frivoles Spiel“ getrieben.

⁷⁹⁾ In dieser Weise entschied bereits das Oberlandesgericht Hamburg in OLGRspr. 31/62.

⁸⁰⁾ aaO. S. 291, 293, 294 u. 295.

⁸¹⁾ aaO. 1. Teil § 137 II 2 b S. 3.

⁸²⁾ Lehrbuch S. 103 und 303.

⁸³⁾ Ähnlich und überzeugend argumentiert auch Münzberg (aaO. S. 47/48).

was gewiß ein befremdendes Ergebnis sei. Es könne nicht einerseits fingiert werden, daß die Verhandlung, auf der das Versäumnisurteil beruht, nicht stattgefunden habe, wenn andererseits das Versäumnisurteil selbst seine Wirkung beibehalte.

Diese Gesichtspunkte haben volle Berechtigung: Die formelle Einspruchswirkung darf nicht das beseitigen, was die materielle mit dem Fortbestand des Versäumnisurteils voraussetzt. Trotzdem müßten diese Argumente zurücktreten, wenn § 220 II dem Zweck des § 342, eine Verzögerung des Prozesses zu vermeiden, nicht gerecht werden könnte. So aber ist es zu begrüßen, wenn dieser Zweck durch die wörtliche Anwendung des § 220 II erreicht wird und daneben auch verfahrensgrundsätzliche Erwägungen zum Zuge kommen können.

Ganz abgesehen davon, daß man — wie bereits betont — das Interesse einer Partei nicht soweit in den Vordergrund rücken darf, daß dadurch der Sinn und Zweck der gesetzlichen Regelung in Frage gestellt oder gar vereitelt wird — wie es bei der vom Reichsgericht und vom Bundesgerichtshof getroffenen Auslegung der Fall wäre —, ist es auch gar nicht einleuchtend, warum die Sachverhandlung des Beklagten im Säumnistermin die Stellung des Klägers nicht beeinflussen dürfte. Im Gesetz findet sich keine Handhabe für die These, daß der säumig gewesene Kläger durch den Einspruch von allen prozessualen Nachteilen befreit werden müsse, daß er so gestellt werden müsse, als sei er gar nicht säumig gewesen. Im Gegenteil: Nachteilige Säumnisfolgen werden ausdrücklich aufrechterhalten:

- a) Es besteht das Versäumnisurteil mit seiner vorläufigen Vollstreckbarkeit weiter (§§ 343, 708 Ziff. 3).
- b) Die durch die Säumnis entstandenen Kosten werden dem Säumigen aufgebürdet (§ 344); dies sogar ohne Rücksicht auf den Ausgang des Prozesses.

Schließlich erwachsen auch dem Beklagten Nachteile daraus, daß seine Sacheinlassung nach Einspruchseinlegung durch den Kläger ihre Wirkung beibehält:

- a) er kann die Unzuständigkeit nicht mehr rügen (§ 39), wenn er dies nicht vorsorglich getan hat⁸⁴);
 - b) er kann nicht mehr mit der Kostenfolge des § 93 anerkennen;
 - c) eine Klageänderung gilt als bewilligt (§ 269);
 - d) er kann heilbare Mängel (der Klageerhebung) nicht mehr rügen (§ 295).
- Warum soll dann gerade der Kläger, der doch den Prozeß angestrengt hat und dann nicht erschienen ist, nicht auch dadurch benachteiligt sein dürfen, daß die Zurücknahme seiner Klage nach § 271 I nunmehr an die Einwilligung des Beklagten gebunden wird? Warum soll im Interesse des Klägers — zumal wenn er säumig ist — eine Ausnahme von dem im § 271 I verankerten Grundsatz⁸⁵) zugelassen werden, daß sich keine Partei dem Prozeß-

⁸⁴) Mit Recht bezeichnet Münzberg (aaO. S. 73) dies als „durchaus kein unbefriedigendes Ergebnis“ und fährt fort: „Der Beklagte, der die Rüge der Unzuständigkeit im Säumnistermin nicht erhebt, gibt nach der Auffassung des Gesetzes zu erkennen, daß er mit einer Entscheidung dieses Gerichts in der Hauptsache einverstanden ist“.

⁸⁵) Mit Baumbach-Lauterbach Anm. 1 D zu § 271.

rechtsverhältnis einseitig entziehen kann⁸⁶⁾? Freilich wird sich der Beklagte zu dieser Einwilligung nur schwerlich entschließen können, wenn er Aussicht hat, daß das sachabweisende Versäumnisurteil, das im Falle wirksamer Klagerücknahme nach § 271 III wirkungslos werden müßte, durch das zu erwartende Endurteil aufrechterhalten wird. Eine Sachabweisung liegt aber immer im Risiko dessen, der eine Klage anstrengt. Zwar können sich im Falle unverschuldeter Säumnis für den Kläger Härten ergeben; doch muß das durch § 271 I gestützte Interesse des Beklagten an der Durchführung des gegen ihn anhängig gemachten Verfahrens im Vordergrund stehen, zumal wenn er sich durch sein Erscheinen und Verhandeln um dieses bereits bemüht hat. Auch sind die möglichen Härtefälle auf die seltene Verkettung der Umstände beschränkt,

- a) daß der Kläger unverschuldet säumig ist,
- b) daß der versäumte Verhandlungstermin der erste ist, der Beklagte also noch nicht zur Hauptsache verhandelt hat und
- c) daß der Kläger gleich im Anschluß an diesen Termin die Klage zurücknehmen will.

Die geringe, aber doch vorhandene Gefahr für den Kläger muß allerdings in Kauf genommen werden.

Die Vorschrift des § 342 versucht — wie nochmals zusammengefaßt werden kann —, eine Verzögerung durch das Säumnis- und Einspruchsverfahren zu vermeiden und die Fortführung des Prozesses auf der bisher gewonnenen Grundlage zu ermöglichen. Dies gelingt dieser Bestimmung dadurch, daß sie den maßgeblichen Zeitpunkt auf den Eintritt der Säumnis legt und dieser nach § 220 II als der Schluß des Säumnistermins betrachtet werden muß, so daß die prozessualen Geschehnisse innerhalb dieses Termins dem weiteren Verfahren nicht verlorengehen⁸⁷⁾. Folgerichtig muß dies auch im Falle der Säumnis des Klägers für den mit dem Antrag auf Versäumnisurteil verbundenen Klageabweisungsantrag des Beklagten gelten, was allerdings für den Beklagten selbst und insbesondere für den säumigen Kläger im Hinblick auf § 271 I mit Nachteilen verbunden sein kann.

Diese Nachteile hätten allerdings — und insoweit verdient § 342 Kritik — vermieden werden können, wenn dort statt des Eintritts der Säumnis ein Zeitpunkt für maßgeblich erachtet worden wäre, der einerseits die prozessualen Geschehnisse innerhalb des Säumnistermins für das weitere Verfahren in Kraft ließe, andererseits aber die Wirkungen des Sachantrages des Beklagten beseitigen würde (die aufgezeigten dogmatischen Bedenken Göppingers müßten dann allerdings in Kauf genommen werden). Ein solcher Zeitpunkt wäre die von Stein-Jonas-Schönke⁸⁸⁾ und Baumbach-Lauterbach⁸⁹⁾

⁸⁶⁾ Auch diesen Grundsatz ignoriert Münzberg bei seiner bereits (Fußn. 77) erörterten Auslegung des § 271 I.

⁸⁷⁾ Die Unzweckmäßigkeit der gegenteiligen (herrschenden) Auffassung verdeutlicht Münzberg (aaO. S. 69) treffend durch die Überlegung: „Es besteht kein vernünftiger Grund dafür, den Beklagten diese Erklärungen“ (Münzberg spricht von Geständnissen und Teilerkenntnissen) „in der Einspruchsverhandlung wiederholen zu lassen, damit sie wirksam werden können.“

⁸⁸⁾ Anm. I zu § 342.

⁸⁹⁾ Anm. zu § 342.

vorgeschlagene Stellung des Antrags auf Erlaß des Versäumnisurteils. Bei der derzeitigen Regelung kann diesem Vorschlag allerdings nicht gefolgt werden, da er dem Gesetzeswortlaut widerspricht.

Die dargelegte Wirkung des Einspruchs tritt, wie das Reichsgericht schon frühzeitig herausstellte⁸⁰⁾, „durch die ordnungsmäßige Einlegung des Einspruchs ein und ist nicht erst an einen Ausspruch des Gerichts hierüber geknüpft“. Dem steht es nicht entgegen, daß das Gericht nach § 341 verpflichtet ist, die Zulässigkeit des Einspruchs von Amts wegen zu prüfen. Nur im Falle eines negativen Ergebnisses dieser Prüfung muß sich das Gericht äußern und den Einspruch verwerfen.

Diese Regelung ist zu begrüßen, da sie dem reibungslosen Ablauf des Prozeßgeschehens dient. Auch durch die Bestimmung des § 340 a, derzufolge der Termin zur Verhandlung über den Einspruch zugleich ein solcher zur Verhandlung über die Hauptsache ist und von Amts wegen bestimmt werden muß, wird ein nahtloser Übergang des Säumnis- und Einspruchsverfahrens in den weiteren Prozeßverlauf ermöglicht. Eine Verschleppung durch eigene Verhandlung und Entscheidung über den Einspruch ist vermieden; der Prozeß kann ohne Störung organisch weiterwachsen.

B. Die Beseitigung der Säumnisfolgen durch Berufung.

1. Das zweite Versäumnisurteil im prozeßtechnischen Sinn:

Wenn die Problematik des Einspruchssystems vor allem darin erkannt werden mußte⁸¹⁾, daß der Einspruch einerseits wegen seiner nahezu voraussetzungslosen Zulässigkeit, andererseits wegen seiner tiefgreifenden Wirkung leicht zu einer seinem Zweck völlig zuwiderlaufenden Prozeßverschleppung mißbraucht werden kann, so hat der Gesetzgeber diese Gefahr — wenn er sie wohl auch unterschätzte — freilich nicht verkannt. Bereits die Motive bringen dies mit den Worten zum Ausdruck, daß, „wenn der Einspruch nicht ein bequemes Mittel zur Verschleppung der Prozesse werden“ soll, „seine wiederholte Zulassung zu beschränken“ sei⁸²⁾. „Diesen Zweck“ — so heißt es aaO. weiter — „verfolgt der § 300“. Diese Vorschrift, die im unveränderten Wortlaut zunächst als § 310, jetzt als § 345 ins Gesetz übernommen wurde, bestimmt, daß „einer Partei, die den Einspruch eingelegt hat, aber in der zur mündlichen Verhandlung bestimmten Sitzung oder in derjenigen Sitzung, auf welche die Verhandlung vertagt ist, nicht erscheint oder nicht zur Hauptsache verhandelt“, gegen „das Versäumnisurteil, durch das der Einspruch verworfen wird“, ein weiterer Einspruch nicht zusteht.

Die Beschränkung der Zulässigkeit des Einspruchs, die die Motive aus wohlverstandenen Gründen erstreben, ist also recht bescheiden; sie greift — wenn man von dem kaum praktisch bedeutsamen Fall⁸³⁾ des § 238 II im

⁸⁰⁾ JW 1909, S. 414, u. 1912, S. 916.

⁸¹⁾ Oben unter A 1.

⁸²⁾ S. 235, Hahn aaO. S. 298.

⁸³⁾ Mit Baumbach-Lauterbach Anm. 2 zu § 513.

Wiedereinsetzungsverfahren absieht — nur in dem Ausnahmefall Platz, daß eine Partei zweimal „ohne dazwischenliegende streitige Verhandlung⁹⁴⁾“ säumig ist. Es ist daher nicht verwunderlich, wenn — wie die Prozeßpraxis der ersten Jahrzehnte nach dem Inkrafttreten der ZPO und insbesondere die Notwendigkeit der Novelle von 1924 zeigen — § 345 seinen Zweck nicht erreichen konnte und der Einspruch schließlich doch zu dem wurde, was ihm diese Bestimmung verwehren wollte, zu einem Verschleppungsmittel⁹⁵⁾.

Der Säumnisfall des § 345 ist also von demjenigen zu unterscheiden, in welchem die Partei nach (unmittelbar) vorheriger mündlicher Verhandlung säumig wird und der sich — was auch die Motive hervorheben⁹⁶⁾ — im Laufe des Prozesses beliebig oft wiederholen kann. Das „zweite“ Versäumnisurteil des § 345 ist also demjenigen zweiten und evtl. weiteren Versäumnisurteil gegenüberzustellen, das ohne die dortigen besonderen Voraussetzungen ergeht. Es empfiehlt sich daher, bei Vorliegen dieser Voraussetzungen vom „prozeßtechnisch zweiten“ Versäumnisurteil zu sprechen⁹⁷⁾.

Wach⁹⁸⁾ weist darauf hin, daß die Worte „... auf welche die mündliche Verhandlung vertagt ist...“ anfänglich zu Zweifeln Anlaß gegeben haben, insofern nämlich, als sich eine Ansicht herausbildete, die den Begriff der Vertagung allgemein auffaßte, die nicht zwischen den Fällen unterscheiden wollte, in denen die mündliche Verhandlung zur Hauptsache wieder begonnen, und denen, in welchen sie noch nicht wieder begonnen hat.

In der Tat ist die Formulierung insoweit nicht eindeutig: Es könnten ihr zufolge auch die Fälle erfaßt sein, in denen die mündliche Verhandlung zur Fortsetzung vertagt wurde. Es gäbe dann gar kein zweites Versäumnisurteil im prozeßtechnischen Sinn, sondern jedes zweite Versäumnisurteil müßte die Wirkung des § 345 nach sich ziehen. Wach hält dem aber mit Recht entgegen⁹⁹⁾, daß diese Auffassung dem Sinn des Gesetzes nicht entspricht und „zu einer beispiellosen und unerträglichen Härte führen“ würde. Der Sinn des § 345 sei lediglich, „wiederholten Einspruch zu verstatten und nur das ohne dazwischenliegende mündliche Verhandlung an vorgängiges Versäumnisurteil angereihte zweite Versäumnisurteil dem Einspruch zu entziehen“. Die Meinung übersieht auch die eindeutige Klarstellung in den Motiven¹⁰⁰⁾ und vor allem die Funktion des Einspruchs im Hinblick auf die jederzeit möglichen Voraussetzungen und Folgen der Säumnis, so daß es nur zu begrüßen ist, daß eine derartige Auslegung des § 345 nicht weiter an

⁹⁴⁾ So formuliert mit Recht bereits das Oberlandesgericht Naumburg in OLGE 20/422.

⁹⁵⁾ Siehe dazu die näheren Ausführungen oben unter A 1.

⁹⁶⁾ S. 235, Hahn aaO. S. 298: „Wenn dagegen die Partei, welche den Einspruch eingelegt hat, in dem ... bezeichneten Termin erscheint und in demselben zur Hauptsache verhandelt, hierauf aber im Laufe derselben Instanz einen weiteren, zur Fortsetzung der mündlichen Verhandlung bestimmten Termin versäumt, so hat sie gegen das zweite wider sie erlassene Versäumnisurteil den Einspruch. Es bedarf kaum der Bemerkung, daß dieser Fall zum dritten, vierten Male und öfter eintreten kann, so daß in derselben Instanz gegen dieselbe Partei ein drittes, viertes und ferner, dem Einspruche unterliegendes Versäumnisurteil möglich ist.“

⁹⁷⁾ Wie es z. B. Wiczorek in seinen Anmerkungen zu §§ 345, 513 tut; Baumbach-Lauterbach spricht vom zweiten Versäumnisurteil „im Fachsinn“.

⁹⁸⁾ „Vorträge“ 2. Aufl. 1896, S. 196/197.

⁹⁹⁾ aaO.

¹⁰⁰⁾ aaO.

Boden gewonnen hat und heute von keiner Seite mehr befürwortet wird. Dem Wortlaut des § 345 allerdings — und daran ist festzuhalten — widerspricht sie nicht.

Aber auch in einem weiteren Punkt erweist sich die Formulierung des § 345 als ungenau oder wenigstens inkonsequent: Während in den übrigen Säumnisvorschriften ausschließlich und auch im sonstigen Sprachgebrauch der ZPO weitgehend vom „Termin“ zur mündlichen Verhandlung gesprochen wird, taucht im § 345 das Wort „Sitzung“ auf. Eine gewissenhafte Auslegung des Gesetzes darf daran nicht vorbeigehen und muß sich die Frage stellen, ob dieser unterschiedlichen Bezeichnung auch eine unterschiedliche Bedeutung zugrunde liegt. Auch das Reichsgericht¹⁰¹⁾ hat diese Frage aufgeworfen, ist aber zum Ergebnis gekommen, daß diese sprachliche Abweichung „angesichts der deutlichen Verweisung auf das Versäumnisurteil“ keine sachliche Bedeutung hat. Mit Recht verweist das Reichsgericht auch auf die Motive¹⁰²⁾, wo vom Nichterscheinen der Partei „in dem zur Verhandlung über den Einspruch bestimmten Termin“ gesprochen wird. Wenn somit „Sitzung“ im Sinne des § 345 nichts anderes bedeutet als „Termin“¹⁰³⁾, so ist kein Grund für eine derartige terminologische Inkonsequenz ersichtlich, und es muß wieder einmal ein „Redaktionsfehler“ festgestellt werden, der die im Säumnisrecht ohnehin reichlich ausgelastete Auslegung völlig unnötig zusätzlich beschäftigt.

§ 345 verfolgt — wie nochmals zusammengefaßt werden kann — den durchaus zu begrüßenden Zweck, eine Prozeßverschleppung zu verhindern, ist aber im Sinne des Einspruchssystems an Voraussetzungen geknüpft, die zu selten eintreten, um den gewünschten Erfolg herbeiführen zu können. Außerdem gelingt es dieser Vorschrift nicht einmal, diese Voraussetzungen durch einen klaren, unzweideutigen Wortlaut zu umreißen. Wenn aber in Praxis und Wissenschaft über die Auslegung des § 345 seit langem Klarheit besteht, so wäre eine ihr entsprechende Verbesserung des Gesetzestextes nur zu wünschen, noch dazu, wo sie auch sprachlich sehr leicht möglich wäre. So ließe sie sich — abgesehen davon, daß man „Sitzung“ durch „Termin“ ersetzen müßte — schon durch die Einfügung des Wortes „sofort“ oder „unverzüglich“ (vor „...vertagt...“) erreichen.

2. Die Anfechtung des „zweiten“ Versäumnisurteils:

Die Bestimmung des § 345 sucht nun ihren aufgezeigten Zweck dadurch zu erreichen, daß sie bei Vorliegen ihrer Voraussetzungen die Anfechtung des sonach ergangenen zweiten Versäumnisurteils nicht mehr im Wege des Einspruchs zuläßt. Da nun der Einspruch gem. § 513 I, 556 grundsätzlich das einzige Anfechtungsmittel des Versäumnisurteils ist¹⁰⁴⁾, ist diese Folge sehr einschneidend; es gibt keine wirksamere Maßnahme gegen eine Prozeßverschleppung, als die Fortsetzung des Verfahrens einfach zu unterbinden.

¹⁰¹⁾ Seuff. Arch. 79/206.

¹⁰²⁾ S. 235, Hahn aaO. S. 298.

¹⁰³⁾ So folgert richtig das Reichsgericht aaO.

¹⁰⁴⁾ Dazu die Ausführungen oben unter A 1. und 2.

Der Gesetzgeber hat aber die — schon aus rechtsstaatlichen Gründen gegebene — Untragbarkeit eines solchen Vorgehens erkannt und im § 513 II (auf den § 566 für die Revisionsinstanz verweist) eine Einschränkung dahingehend getroffen, daß ein Versäumnisurteil, „gegen das der Einspruch an sich nicht statthaft ist“, der Berufung insoweit unterliegt, „als sie darauf gestützt wird, daß der Fall der Versäumnung¹⁰⁵⁾ nicht vorgelegen habe“. Der Ausnahmefall des § 345 — wiederum von § 238 II abgesehen — zeigt sich als solcher also auch insoweit, als er die Anfechtbarkeit eines Versäumnisurteils durch Berufung ermöglicht, wenn auch mit einer im folgenden noch näher zu untersuchenden Einschränkung.

a) Die Frage nach der Zulässigkeit der Berufung beantwortet § 513 II bereits hinreichend dahin, daß sie lediglich darauf gestützt zu werden braucht, „daß ein Fall der Versäumnung (lies „Versäumnis“) nicht vorgelegen habe. Trotzdem haben sich Rechtsprechung und Wissenschaft eingehend mit der Frage befaßt, wann im Falle des § 513 II die Berufung als unzulässig und wann als unbegründet verworfen werden muß. Es entspricht aber nur dem Wortlaut des Gesetzes, wenn die heute herrschende Meinung im Anschluß an das Reichsgericht¹⁰⁶⁾ zum Ergebnis kommt, daß die Berufung „nicht deshalb für unzulässig erklärt werden“ kann, „weil die Verhandlung ergibt, daß ein Fall der Versäumnung vorgelegen hat“, daß dann vielmehr „der mit der Berufung verfolgte Anspruch unbegründet und das Rechtsmittel auch als unbegründet zurückzuweisen“ ist¹⁰⁷⁾.

Wollte man dem nicht zustimmen, so ließe sich im Fall des § 513 II gar keine Möglichkeit finden, nach der die dort zugelassene Berufung als unbegründet abgewiesen werden könnte. Die Berufung müßte dann, falls das Berufungsgericht die Voraussetzungen des § 513 II bejaht, Erfolg haben oder, wenn dies nicht der Fall ist, unzulässig sein.

Der Wortlaut des Gesetzes weist also hier den richtigen Weg: Zulässig ist die Berufung, wenn sie die Voraussetzungen des § 513 II behauptet, begründet, wenn sich diese Voraussetzungen als tatsächlich vorliegend erweisen und das Versäumnisurteil daher unter Beachtung des § 538 I Nr. 5 aufgehoben werden muß. Die Zurückweisung der Berufung als unzulässig bleibt dann — abgesehen von der Verneinung anderer Zulässigkeitsvoraussetzungen¹⁰⁸⁾ — immer noch dem Fall vorbehalten, daß der Säumige Berufung einlegt, ohne sie auf das Nichtvorliegen des Falles der Versäumnis zu stützen¹⁰⁹⁾.

Die einschneidende Beschränkung, die § 513 für die Anfechtbarkeit eines zweiten Versäumnisurteils anordnet, macht es verständlich, daß man die Zulässigkeit der Berufung nach § 513 II auf möglichst viele Fälle zu er-

¹⁰⁵⁾ Daß es sich bei diesem Ausdruck um einen redaktionellen Fehlgriff des Gesetzgebers handelt, wurde bereits bei der Erörterung des Säumnisbegriffs (oben unter I 1.) herausgestellt: Es müßte — der ansonsten konsequent durchgeführten Terminologie des Gesetzes entsprechend — „Versäumnis“ heißen.

¹⁰⁶⁾ RGZ 51/197.

¹⁰⁷⁾ So das Reichsgericht aaO.

¹⁰⁸⁾ Etwa der Erwachsenheitssumme (mit Stein-Jonas-Schönke Anm. I 1 zu § 345, II zu § 513, Wieczorek Anm. C zu § 513 u. a.).

¹⁰⁹⁾ Mit Baumbach-Lauterbach Anm. 2 zu § 513.

strecken versucht. So will sie Neumann-Duesberg¹¹⁰⁾ auch dann zulassen, wenn der Säumnisfall nicht beim zweiten Versäumnisurteil — immer im prozeßtechnischen Sinn —, wohl aber beim ersten nicht vorgelegen hat. Er begründet dies damit, daß „nach dem gesetzgeberischen Zweck erst eine zweimalige Säumnis geahndet werden soll“ und befürwortet einen Analogieschluß zu § 513 II als „möglich und notwendig¹¹¹⁾“. Dieser Auffassung — wenn auch das hier zugrunde liegende Bedürfnis nach einer Ausdehnung des § 513 II anerkannt werden muß — wird man aber nicht folgen dürfen:

- aa) Sie widerspricht dem klaren Wortlaut des Gesetzes, wenn im § 513 II vom „Fall der Versäumnung“ nur im Zusammenhang mit einem Versäumnisurteil, „gegen das der Einspruch an sich nicht statthaft ist“ die Rede ist. Fehlende Säumnis reicht also nicht zur Anfechtung des „zweiten“ Versäumnisurteils aus, wenn sie zu dem — oder einem dem Einspruch unterliegenden — früheren Versäumnisurteil geführt hat.
- bb) Außerdem darf man sich nicht von dem Gedanken leiten lassen, § 345 wolle eine zweimalige Säumnis „ahnden“. § 345 und § 513 II haben nicht den Charakter einer Prozeßstrafe¹¹²⁾. Ihre Aufgabe erschöpft sich — wie oben herausgestellt wurde¹¹³⁾ — in der Verhinderung einer Verschleppung des Verfahrens. Der Gedanke einer (kontumazialrechtlichen) Sühne darf auch hier nicht in unser heutiges Säumnisrecht hineingetragen werden¹¹⁴⁾.

Es ist daher zu begrüßen, daß die heute herrschende Meinung¹¹⁵⁾ sich gegen eine Ausdehnung des § 513 II in dem Sinne ausspricht, daß die Berufung auch auf fehlende Säumnis beim ersten Versäumnisurteil gestützt werden könnte¹¹⁶⁾.

¹¹⁰⁾ „Berufung gegen Versäumnisurteile“, JZ 51/140.

¹¹¹⁾ Erlanger (Leipz. Z 1931/492) geht sogar so weit, in diesem Fall dem zweiten Versäumnisurteil die Wirkung des § 345 abzusprechen. Der erste Einspruch, so meint er, sei nicht ein Behelf gegen die Säumnis, sondern eine „formale Notwendigkeit“, und das zweite Versäumnisurteil daher „in Wirklichkeit das erste“ gewesen. Mit Recht hält dem aber Neumann-Duesberg (aaO.) entgegen, daß das erste Versäumnisurteil, wenn es auch gesetzwidrig sei, existiere und nicht außer acht gelassen werden könne. Erlanger erkennt wohl auch den objektiven (Prozeßhandlungs-)Charakter des Einspruchs, der ein Behelf nicht gegen die eigene Säumnis, sondern gegen das ergangene und bestehende Versäumnisurteil ist.

¹¹²⁾ von dem zu Unrecht auch Erlanger aaO. ausgeht.

¹¹³⁾ Unter 1.

¹¹⁴⁾ Dies hält auch Breetzke („Zur Berufung gegen Versäumnisurteile“, JZ 52/268) einer Ausweitung des § 513 II im Sinne Neumann-Duesbergs entgegen: „Die Verweigerung des Einspruchs und die Beschränkung der Berufung soll keine Strafe für Verschulden der Partei sein . . . Dem § 513 II kommt eine Ordnungsaufgabe zu, die ihre rechtliche Grundlage in dem richterlichen Spruch als solchen . . . findet.“

¹¹⁵⁾ Die Frage wird neuerdings in zwei nach Fertigstellung der Arbeit erschienenen kurzen Abhandlungen von Burkhardt (JZ 58/471) und Lehmann (JZ 58/691) aufgegriffen. Während Burkhardt mit den gleichen Argumenten wie Neumann-Duesberg (aaO.) eine (im Gegensatz zu ihm jedoch unmittelbare) Anwendung des § 513 II auf den Fall fehlender Säumnis beim ersten Versäumnisurteil fordert, hält ihm Lehmann mit Recht den Unterschied dieser Sachlage zu der im § 513 II behandelten entgegen.

¹¹⁶⁾ Stein-Jonas-Schönke Anm. II/3 zu § 513: „Die Berufung kann nicht darauf begründet werden, daß beim ersten Versäumnisurteil der Fall der Säumnis nicht vorgelegen habe; eine entsprechende Anwendung des § 513 II ist nicht möglich“; Baumbach-Lauterbach Anm. 1 zu § 513: „Ob ein Fall der Versäumnung vorlag, ist nur

b) Problematischer ist die Frage, wann eine nach § 513 II zulässige Berufung begründet ist, die Frage also, wann ein „Fall der Versäumnung“ vorgelegen hat. Wollte man diesem Wortlaut folgen, so dürfte man die Frage und damit die Begründetheit der Berufung nur dann bejahen, wenn eine — oder mehrere — der nach dem Gesetz zusammenzutragenden Voraussetzungen der Säumnis nicht erfüllt war, die eingangs¹¹⁷⁾ als

das Nichtverhandeln oder Nichterscheinen einer Partei bis zum Schluß eines zur (obligatorischen) mündlichen Verhandlung bestimmten Termins

herausgestellt wurden; denn diese Voraussetzungen sind erforderlich, aber auch genügend, um einen Säumnisfall, der freilich noch nicht notwendig zum Versäumnisurteil führen muß¹¹⁸⁾, zu begründen. Die Frage, ob auch die weiteren, zum Erlaß eines Versäumnisurteils neben der Säumnis geforderten allgemeinen gesetzlichen Voraussetzungen gegeben waren, dürfte nicht gestellt werden.

Diese sich aus der Systematik des Gesetzes und dem Wortlaut des § 513 II ergebende Folgerung ist jedoch nicht tragbar. Sie würde bereits aus dem Gesichtspunkt zu ungerechtfertigten Härten führen, daß die Säumnis im rein objektiven Fernbleiben besteht und vom Verschulden der Partei unabhängig ist. So würde z. B. die Partei, die vom (zweiten) Säumnistermin keine Kenntnis hatte, dem in ihm ergangenen Versäumnisurteil gegenüberstehen, ohne eine Möglichkeit zu haben, dieses anzufechten und hierbei die Gründe ihres Fernbleibens geltend zu machen. In einer ähnlichen Lage wäre sie, wenn sie vom Termin zwar Kenntnis hatte, aber durch einen unabwendbaren Zufall am (rechtzeitigen) Erscheinen verhindert wurde.

Man wird sich daher dazu entschließen müssen, die Berufung nach § 513 II auch in Fällen als begründet zu erachten, die außerhalb der durch die Säumnisvoraussetzungen gezogenen Grenzen liegen. Hierüber besteht nach allgemeiner Meinung Klarheit. Darüber aber, wie weit diese gebotene Ausdehnung des § 513 II zu ziehen ist und auf welche außerhalb der Säumnisvoraussetzungen liegenden Fälle die Anfechtbarkeit eines zweiten Versäumnisurteils erstreckt werden kann und soll, gehen die Meinungen weit auseinander:

Einigkeit besteht noch darüber, daß man die Unkenntnis der Partei vom Säumnistermin und ihre Verhinderung am Erscheinen durch unabwendbaren Zufall berücksichtigen muß. Während sich die herrschende Meinung bemüht, den ersteren Fall begrifflich mit dem Wortlaut des § 513 II in Einklang zu bringen, indem sie das durch § 335 I/2 gebotene Erfordernis der ordnungsmäßigen Ladung in die Säumnisvoraussetzungen einbezieht¹¹⁹⁾, ist

beim zweiten Versäumnisurteil im Fachsinn, § 345, von Bedeutung“; Wieczorek Anm. B zu § 345: „Ob die allg. Voraussetzungen der Säumnis beim ersten Versäumnisurteil gegeben waren, ist selbst dann unerheblich, wenn hier sogleich kontradiktorisch hätte abgewiesen werden müssen“.

¹¹⁷⁾ Oben unter I 2.

¹¹⁸⁾ S. dazu die systematischen Erörterungen unter II 1. und die Behandlung der weiteren allgemeinen Voraussetzungen der Säumnisentscheidung unter II 2., 3. u. 4.

¹¹⁹⁾ Z. B. Stein-Jonas-Schönke Anm. I zu § 335, Rosenberg aaO. S. 492; daß dies der Systematik des Gesetzes widerspricht und zu Unklarheiten über den Säumnisbegriff führen muß, wurde bereits oben unter II A 1. herausgestellt.

dies im letzteren Fall nicht mehr möglich, da man sonst unbedingt Verschuldenselemente in den objektiven Säumnisbegriff einbringen würde. Man muß sich also im klaren darüber sein, daß man — zumindest im letzteren Fall — den „Fall der Versäumung“ verläßt und über den Wortlaut des § 513 II hinausgeht.

Richtungweisend ist insoweit eine Entscheidung des Reichsarbeitsgerichts vom 18. 6. 32¹²⁰⁾, wo es heißt, daß § 513 II nicht „buchstabenmäßig eng“ ausgelegt werden dürfe und daß ein Fall der Versäumnis im Sinne des § 513 II auch dann für gegeben angesehen werden müsse, „wenn die Partei im Termin zwar nicht anwesend ist, ihr Erscheinen aber auf einem von ihr nicht abzuwendenden Zufall beruht“ (als Beispiel führt das Gericht ein Eisenbahnunglück an).

Freilich war bis dahin, wenn auch vereinzelt, die gleiche Forderung schon laut geworden. So konnte sich das Reichsarbeitsgericht auf Seuffert¹²¹⁾, auf das Oberlandesgericht Naumburg¹²²⁾ und auf Sydow-Busch¹²³⁾ stützen, die allerdings die in ihrer Meinung liegende Ausdehnung des § 513 II nicht erkannt hatten.

Die Uneinigkeit beginnt dort, wo Tatsachen zur Begründung des § 513 II ausreichen sollen, die außerhalb des Parteiverhaltens liegen. So fordert dies Baumbach-Lauterbach¹²⁴⁾ bei mangelndem Antrag, das Oberlandesgericht München¹²⁵⁾ bei verspäteter Bewilligung des rechtzeitig beantragten Armenrechts und Wieczorek¹²⁶⁾ bei Verletzung der Erfordernisse nach § 335 I/1 und 3.

Diese Forderungen werden — wenn überhaupt — mit Billigkeitserwägungen begründet. Diese verlieren aber hier an Überzeugungskraft; denn die geltend gemachten Tatsachen liegen, wie gesagt, außerhalb des Verhaltens des Säumnigen, und sein Verschulden oder Nichtverschulden an der Säumnis hat auf ihren Eintritt keinen Einfluß¹²⁷⁾.

Trotzdem ist es zu befürchten, daß nicht nur die Fälle des unverschuldeten Ausbleibens im Termin über § 513 II berücksichtigt werden können, sondern auch darüber hinaus gehende Tatsachen. Freilich wird man, um nicht den Vorwurf der Willkür zu ernten, hierfür eine Richtschnur finden müssen.

Diese bietet sich aber an, wenn man versucht, den Grundgedanken des § 513 II heranzuziehen. Er besteht — wie oben bereits betont wurde — nicht in einer Ahndung mehrfacher Säumnis, sondern dient der Vermeidung der

¹²⁰⁾ In RArbGE 11/213.

¹²¹⁾ Anm. 1 zu § 337.

¹²²⁾ JW 1923/851.

¹²³⁾ In der 22. Aufl. Anm. 3 zu § 513.

¹²⁴⁾ Anm. 2 zu § 513; ebenso Sydow-Busch Anm. 3 zu § 513 und Stein-Jonas-Schönke Anm. III/2 zu § 513. Die gegenteilige Auffassung vertritt Wieczorek (Anm. B III zu § 513).

¹²⁵⁾ HRR 40/1082; ebenso Baumbach-Lauterbach Anm. 2 zu § 513; die gegensätzliche Auffassung äußert Sydow-Busch Anm. 3 zu § 513.

¹²⁶⁾ Anm. B III b zu § 513; für § 335 I/3 ebenfalls Sydow-Busch Anm. 3 zu § 513; gegensätzlich argumentiert Stein-Jonas-Schönke Anm. III/2 zu § 513.

¹²⁷⁾ weshalb sich Wieczorek dagegen wendet, den fehlenden Antrag zum Erlaß des Versäumnisurteils zur Begründung der Berufung ausreichen zu lassen: „...da dies ein Moment ist, welches der säumnigen Partei nicht anzurechnen ist (nicht in ihre Sphäre fällt)“.

Prozeßverschleppung und damit der Herbeiführung und Gewährleistung einer prozessualen Ordnung und Gerechtigkeit. Im Sinne einer prozessualen Gerechtigkeit kann es aber nicht liegen, eine Entscheidung für unanfechtbar zu erklären, die unter Außerachtlassung oder gar unter Verletzung gesetzlicher Vorschriften zustande gekommen ist. Die Berufung gegen ein mit dem Einspruch nicht mehr anfechtbares Versäumnisurteil darf also über § 513 II in all den Fällen nicht versagt werden, in denen es sich zeigt, daß das Versäumnisurteil dem Gesetze nach nicht hätte erlassen werden dürfen. Das Rechtsmittel muß also immer als begründet gelten, wenn eine der allgemeinen gesetzlichen Voraussetzungen des Versäumnisurteils, sei es nun die Säumnis selbst, sei es der auf seinen Erlaß gerichtete Antrag oder eines der Erfordernisse der §§ 335, 337, nicht erfüllt ist.

Damit ist es auch nicht notwendig, die Klarheit des gesetzlichen Säumnisbegriffs durch Einbeziehung des Erfordernisses einer ordnungsmäßigen Ladung oder gar des Nichtvorliegens eines unabwendbaren Zufalls zu gefährden. Beides sind nach §§ 335 I/2, 337 selbständige, allgemeine Voraussetzungen für den Erlaß eines Versäumnisurteils. Dabei ist es nicht erforderlich, daß das Nichtvorliegen dieser Voraussetzungen dem Gericht bei Erlaß des Versäumnisurteils bekannt war¹²⁸⁾. Es genügt, um das Versäumnisurteil — nach den Worten des Reichsgerichts¹²⁹⁾ — „gesetzwidrig“ zu machen, wenn sie im Zeitpunkt seines Erlasses objektiv vorgelegen haben.

Auch der Antrag der erschienenen Partei auf Erlaß des Versäumnisurteils und die Erfordernisse nach § 335 I/1 und 3 sind objektive, allgemeine Voraussetzungen für seine Gesetzmäßigkeit. Liegen sie dem angefochtenen Versäumnisurteil nicht zugrunde, dann darf dies also ebenfalls, wenn man den Grundgedanken des § 513 II in dem aufgezeigten Sinne versteht, ohne dogmatische Bedenken zur Begründung der Berufung ausreichen. Das Gegenteil muß aber für solche Tatsachen gelten, die außerhalb der gesetzlichen Voraussetzungen des Versäumnisurteils liegen; die Entscheidung ist dann verfahrensmäßig zu Recht ergangen und die prozessuale Ordnung und Gerechtigkeit nicht verletzt. So darf z. B. nicht — wie das Oberlandesgericht München¹³⁰⁾ befürwortet — die nicht „rechtzeitige“ Bewilligung des Armenrechts die Berufung nach § 513 II rechtfertigen. Diese dem pflichtmäßigen richterlichen Ermessen anheimgestellte Entscheidung ist nach § 114 von gänzlich anderen Gesichtspunkten getragen als das Versäumnisurteil und macht Überlegungen notwendig (namentlich hinsichtlich der Erfolgsaussicht), die dem Gericht im Säumnisfalle gerade erspart bleiben sollen.

Auch darf eine Verletzung der besonderen, für das Versäumnisurteil gegen den Beklagten nach § 331 I geforderten Voraussetzung der Schlüs-

¹²⁸⁾ Dies unterstreicht auch Wieczorek (Anm. B III b zu § 513): „Die Rüge geht auf Verletzung der §§ 335, 337. Dabei kommt es nur darauf an, ob die Voraussetzungen dieser Bestimmungen objektiv gegeben waren ohne Rücksicht darauf, ob das erkennende Gericht davon Kenntnis hatte oder haben konnte.“

¹²⁹⁾ In RGZ 166/248; dazu auch die Ausführungen oben unter II A 4.

¹³⁰⁾ aaO.; ohne jegliche Begründung der dortigen Voraussetzungen wird Vertagung nach § 337 gefordert, während das Gericht in einer früheren Entscheidung grundsätzlich der gegenteiligen, von den Oberlandesgerichten Nürnberg (OLGE 23/177) und Frankfurt (OLGE 25/131) vertretenen Auffassung folgt und nur „in einzelnen Fällen aus bestimmten Gründen“ einen „unabwendbaren Umstand“ im Sinne des § 337 zuläßt.

sigkeit nicht die Berufung nach § 513 II begründen. Ein solcher Eingriff in die erstinstanzliche Rechtsfindung übersteigt die von § 513 II zu gewährleistende prozessuale Gerechtigkeit und ist von dieser Vorschrift nicht gewollt.

Es läßt sich somit — wie das gewonnene Ergebnis zusammengefaßt werden kann — ohne große Mühe ein leicht anwendbarer Schlüssel für die Auslegung des § 513 II finden: Der zu enge und daher irreführende Wortlaut dieser Vorschrift, der nur auf den „Fall der Versäumung“ abstellt, kann und muß, ohne daß man sich hierbei einer gefährlichen Willkür hingibt, so aufgefaßt werden, daß die dort gegen ein mit dem Einspruch nicht mehr anfechtbaren Versäumnisurteil zugelassene Berufung in all den Fällen zum Erfolg führt, in denen die allgemein gesetzlichen Voraussetzungen für den Erlaß eines Versäumnisurteils nicht vorgelegen haben. Auf diese Weise läßt sich die prozessuale Ordnung und Gerechtigkeit gewährleisten, nach der § 513 II seinem Grundgedanken entsprechend strebt.

IV. Das Säumnisverfahren in Sonderfällen

A. In der Rechtsmittelinstanz:

Wenn eingangs¹⁾ der Zweck des Säumnisverfahrens darin erkannt wurde, daß der nicht säumigen und an einem ihr günstigen Ausgang des Prozesses mit Recht interessierten Partei auch ohne Mitwirkung des Gegners zum Ziele verholfen und eine Weiter- und Zufüßführung des Rechtsstreites im öffentlichen Interesse nicht zu weitgehend vom Parteiwillen abhängig gemacht werden soll, so hat dieser Gedanke gerade in der Rechtsmittelinstanz Bedeutung; denn hier haben sich bereits die Parteien in einer — möglicherweise sehr langen — Reihe von Verhandlungen und Beweisaufnahmen um eine Beendigung des Prozesses bemüht, und andererseits hat ein Gericht bereits ein Endurteil erlassen. Das Säumnisverfahren erweist sich daher ganz besonders im Rechtsmittelverfahren als Notwendigkeit²⁾.

Hierbei ergibt sich auch keine Besonderheit hinsichtlich der Stellung des Säumnisverfahrens innerhalb des Prozesses. Insbesondere prüft das Rechtsmittelgericht ohne Rücksicht auf die Säumnis einer Partei die Prozeßvoraussetzungen, zu denen die form- und fristgerechte Einlegung des Rechtsmittels hinzukommt, von Amts wegen und entscheidet über sie durch kontradiktorisches Urteil³⁾. Mit der gerade in diesem Punkte abweichenden Auffassung des Reichsgerichts haben sich bereits die Erörterungen über das Wesen des Versäumnisurteils⁴⁾ auseinandergesetzt, aber zu dem Ergebnis geführt, daß das Versäumnisurteil auch in der Rechtsmittelinstanz immer nur Sachurteil sein kann.

Erweist sich das Rechtsmittelverfahren als zulässig, dann führt die Säumnis einer Partei ebenso wie in erster Instanz zum Säumnisverfahren. Innerhalb dessen sind dann auch hier wie dort die gleichen Voraussetzungen für den Erlaß einer Säumnisentscheidung zu fordern, also neben der Säumnis namentlich der Antrag des Erschienenen⁵⁾ und die Voraussetzungen nach § 335, 337⁶⁾. Sind diese allgemeinen (positiven und negativen) Voraussetzungen der

¹⁾ S. I 3.

²⁾ Die Abweichung z. B. im österreichischen Zivilprozeß, wo die Rechtsmittelinstanz ein Säumnisverfahren nicht kennt, findet ihre Erklärung in den engen Grenzen, innerhalb deren dort das erstinstanzliche Urteil überprüft werden kann und die eine Mitwirkung der Parteien fast entbehrlieh machen (mit Schima aaO. S. 221).

³⁾ So Stein-Jonas-Schönke Anm. III zu § 542, Wiczorek Anm. A I zu § 542 („... gleichviel, ob eine und welche Partei säumig ist“); die gegenteilige Meinung vertritt Rosenberg (aaO. S. 666/667), der sich — seiner Auffassung vom Wesen des Versäumnisurteils entsprechend — bei Säumnis des Rechtsmittelklägers für Versäumnis-, bei Säumnis des Rechtsmittelbeklagten für kontradiktorisches Urteil ausspricht.

⁴⁾ Oben unter II B 2.

⁵⁾ Der hierüber herrschenden allgemeinen Übereinstimmung steht nicht — was Stein-Jonas-Schönke Anm. I zu § 542 offenbar annimmt — die Entscheidung des Reichsgerichts in JW 1903/129 entgegen, da dort dem Antrag lediglich aufgrund einer besonderen Sachlage keine entscheidende Bedeutung beigemessen wurde.

⁶⁾ So Wiczorek Anm. B II b zu § 542: „Bei der Anwendung der §§ 335, 337 ergeben sich keine Besonderheiten“. Die ansonsten festzustellende Auffassung, § 335 I/3 sei in der Berufungsinstanz dadurch modifiziert, daß er nur für die neu vorgebrachten Behauptungen und Beweismittel gelte (Stein-Jonas-Schönke Anm. III/2 zu

Säumnisentscheidung gegeben, dann darf das Rechtsmittelgericht — immer der Systematik des Verfahrens⁷⁾ entsprechend — je nachdem, ob Aktenlageentscheidung oder ob und gegen wen Versäumnisurteil beantragt wurde, die besonderen Erfordernisse dieser Säumnisfolgen beurteilen und sie bejahendenfalls verwirklichen.

Freilich durfte das Gesetz an dem eingangs hervorgehobenen Umstand, daß die Parteien eine Instanz hindurch sich bereits um ihren Erfolg bemüht haben und in dem Rechtsstreit bereits ein Urteil ergangen ist, nicht vorbeigehen. Diese Notwendigkeit erweist sich namentlich

1. in der Berufungsinstanz:

a) Bei Säumnis des Berufungsklägers bedarf es allerdings noch keiner besonderen Grundlage des Versäumnisurteils. Auch wenn er in der ersten Instanz Beklagter war⁸⁾, rechtfertigt es der Zweck des Säumnisverfahrens, die Berufung ohne sachliche Prüfung zurückzuweisen. Auch hier braucht, wie in der ersten Instanz⁹⁾, nicht nach einer weiteren dogmatischen Rechtfertigung gesucht zu werden. Insbesondere darf diesem Urteil nicht ein fingierter Verzicht auf die Berufung oder eine fingierte Berufungszurücknahme gedanklich zugrunde gelegt werden¹⁰⁾. Die Unzweckmäßigkeit einer solchen Konstruktion zeigt sich hier noch deutlicher als in der ersten Instanz: Sie müßte nämlich die Folge des § 521 nach sich ziehen und eine Anschlußberufung des Berufungsbeklagten wirkungslos machen. Schon sehr frühzeitig¹¹⁾ hat daher das Reichsgericht diesem Gedanken, von dem noch die Motive¹²⁾ getragen waren, den Rücken gekehrt und hervorgehoben, daß das Nichterscheinen des Berufungsklägers „an sich auf einen Verzicht desselben auf das Rechtsmittel nicht schließen“ lasse und daß daher nicht dem gegen den Berufungs- oder Revisionskläger ergehenden Versäumnisurteil die Wirkung eines Verzichts auf das Rechtsmittel oder einer Zurücknahme desselben beigelegt werden könne und daß es schließlich deshalb „keineswegs selbstverständlich“ sei, „daß die Zurücknahme des Rechtsmittels und die Zurückweisung desselben durch Versäumnisurteil auf die Anschließung des Gegners gleiche Wirkung äußern müsse“. Diese Folgerung, der heute nicht mehr widersprochen wird, erweist sich auch im Hinblick auf die Wirkung des auch in der Berufungsinstanz selbstverständlich zulässigen Einspruchs als zwingend.

§ 542, wohl auch Rosenberg aaO. S. 667 und Baumbach-Lauterbach Anm. 2 C zu § 542) steht dem nicht entgegen; sie unterstreicht nur eine Selbstverständlichkeit, die sich aus § 542 II („festgestelltes Sachverhältnis“) und aus der Tatsache ergibt, daß der Tatbestand des erstinstanzlichen Urteils dem Berufungsbeklagten ohnehin „mitgeteilt“ ist.

⁷⁾ wie sie oben unter II A 1. herausgestellt wurde.

⁸⁾ Die Parteirolle in der ersten Instanz spielt mit Recht nach allgemeiner Meinung keine Rolle.

⁹⁾ S. dazu die Ausführungen oben unter II B 1. a).

¹⁰⁾ Wenn auch Wieczorek (Anm. B IV a zu § 542) diese längst verworfene These (s. dazu oben unter II B 1. a)) wieder aufgreift und davon spricht, daß der Berufungskläger „so behandelt“ werde, „wie wenn er auf die Berufung verzichtet hätte“.

¹¹⁾ In RGZ 8/384.

¹²⁾ S. 229, Hahn aaO. S. 293.

Nach der bisherigen Betrachtung ist es daher durchaus einleuchtend und begegnet keinen Bedenken, wenn § 542 I die für die erste Instanz geltenden Säumnisvorschriften auch in der Berufungsinstanz für entsprechend anwendbar erklärt.

b) Bei Säumnis des Berufungsbeklagten hingegen läßt sich die erwähnte Notwendigkeit, die Geschehnisse der ersten Instanz zu berücksichtigen, nicht umgehen: Der Berufungsbeklagte hat sich bereits nachhaltig und mit Erfolg um eine ihm günstige Entscheidung bemüht; außerdem hat der Erstrichter bereits eine Entscheidung getroffen, die dem Inhalt des beantragten Versäumnisurteils völlig entgegensteht; es besteht also, wenn man das Vertrauen in die Rechtsfindung der ersten Instanz nicht in Frage stellen will, zumindest die Wahrscheinlichkeit, daß — falls sich keine neuen Gesichtspunkte ergeben — das kontradiktorische Berufungsurteil anders ausfallen müßte als das beantragte Versäumnisurteil. Beide Gesichtspunkte, der Schutz des bereits siegreich gewesenen Berufungsbeklagten¹³⁾ und das Vertrauen in eine in der gleichen Sache bereits ergangene gerichtliche Entscheidung, müssen also für die besonderen Voraussetzungen eines gegen den Berufungsbeklagten zu erlassenden Versäumnisurteils herangezogen werden.

§ 542 II versucht nun, dieser sich für die Berufungsinstanz ergebenden Besonderheit dadurch gerecht zu werden, daß er grundsätzlich der Fiktion des § 331 folgt, also das tatsächliche mündliche Vorbringen des Berufungsklägers für zugestanden erklärt, von der dortigen, sich damit erschöpfenden Regelung aber zwei Abweichungen bringt:

- aa) Die Geständnisfiktion soll nur gelten, „soweit das festgestellte Sachverhältnis nicht entgegensteht“,
- bb) „in Ansehung einer zulässigerweise beantragten Beweisaufnahme“ soll angenommen werden, „daß sie das in Aussicht gestellte Ergebnis gehabt habe“.

Zu aa): Es ist richtig, was Stein-Jonas-Schönke¹⁴⁾ vorbringt, daß man unter dem „festgestellten Sachverhältnis“ sowohl die „prozessualen Vorgänge“ als auch den „materiellen Sachverhalt, den der erste Rechtszug aufgrund des ihm zugeführten Prozeßstoffes als zugestanden, erwiesen oder widerlegt erachtet hat“, verstehen kann. Es wäre aber allzu streng, dem Gesetz hierwegen Ungenauigkeit vorzuwerfen; denn niemand kommt auf den Gedanken, dem § 542 II Wirkungen zuzusprechen, wie sie allenfalls bei der materiellen Rechtskraft zu suchen sind. Wenn diese Bestimmung als Säumnisvorschrift vom „festgestellten Sachverhältnis“ spricht, dann kann sich dies nur auf die prozessualen Feststellungen beziehen. Wenn man weiterhin sich den aufgezeigten Grundgedanken der Vorschrift vergegenwärtigt, dann kann es sich bei diesen Feststellungen nur um die der ersten Instanz handeln. Mit Recht hat daher das Reichsgericht¹⁵⁾ diesen

¹³⁾ Auch Schima (aaO. S. 223) bringt diesen Gedanken: „Der Berufungsbeklagte, der einen Richterspruch für sich hat, muß davor geschützt werden, daß dieses Urteil als nicht vorhanden behandelt werde.“

¹⁴⁾ Anm. II 3 zu § 542.

¹⁵⁾ RGZ 36/427.

Begriff dahingehend umrissen, daß man hierunter „den durch den mündlichen Vortrag der Parteien zur Kenntnis des Gerichts gelangten Tatbestand des ersten Urteils“ zu verstehen hat. Nur das im Tatbestand Vorgetragene oder das diesem durch Bezugnahme auf einen Schriftsatz Einverleibte könne, so fügt das Reichsgericht hinzu, nach dem Prinzip der Mündlichkeit für das „festgestellte Sachverhältnis“ in Betracht kommen. Da die über die mündliche Verhandlung und die über die Beweisaufnahme aufgenommenen Niederschriften gem. § 314 den Urteilstatbestand u. U. berichtigen können, müssen auch ihre Bekundungen für das „festgestellte Sachverhältnis“ maßgeblich sein¹⁶⁾; dies widerspricht auch nicht dem Prinzip der Mündlichkeit. Es bleibt also nur zu fragen, welcher Art diese der Geständnisfiktion nach § 542 II entgegenstehenden Feststellungen sein können: Da es sich, der Regelung des § 331 entsprechend, nur um Behauptungen des Berufungsklägers handelt, steht es ihnen zunächst entgegen, wenn die gleichen Behauptungen, die der Berufungskläger (als Kläger oder Beklagter) in der ersten Instanz bereits brachte, als bestritten, als nicht erwiesen, oder gar als widerlegt festgestellt werden. Wenn Stein-Jonas-Schönke¹⁷⁾ die als bestritten festgestellten Behauptungen hiervon ausnehmen und sie der Geständnisfiktion unterwerfen möchte, so widerspricht dies dem Wortlaut und dem Sinn des § 542 II. Der Schutz des Berufungsbeklagten und der Respekt vor dem bereits ergangenen Urteil erfordern es, daß auch diese Feststellung beachtet wird. Mit Recht hat daher auch das Reichsgericht¹⁸⁾ ausgeführt, daß „die als bestritten festgestellte Behauptung als bestritten zu behandeln“ sei, und mit Recht läßt auch die herrschende Meinung¹⁹⁾ eine derartige Durchbrechung des Wortlautes des § 542 — denn als solche muß die Auffassung Stein-Jonas-Schönkes gelten — nicht zu.

Aber auch die erstinstanzlichen Behauptungen des Berufungsbeklagten können der Geständnisfiktion des § 542 II entgegenstehen; dies aber nur, wenn sie als zugestanden oder erwiesen festgestellt wurden²⁰⁾.

Es bedarf keiner besonderen Hervorhebung, daß über § 542 I auch die leidige Vorschrift des § 332 im Berufungsverfahren gilt; auch in einem späteren Verhandlungstermin und möglicherweise nach bereits durchgeführter Beweisaufnahme kann sich somit die Notwendigkeit eines nach § 542 II zu erlassenden Versäumnisurteils ergeben. Wenn man lediglich dem Wortlaut des § 542 II folgt, dann müßte der Geständnisfiktion das „festgestellte Sachverhältnis“ auch entgegenstehen, wenn die erst in der Berufungsinstanz stattgefundene Beweisaufnahme die (neuen) Behauptungen des Berufungsklägers widerlegt hat. Da aber — wie gezeigt — nach dem Sinn des § 542 II nur die Feststellungen der ersten Instanz der Geständnisfiktion entgegenwirken können, wäre es nicht unzweckmäßig gewesen, wenn der Gesetzgeber — etwa durch Einfügung der Worte „in der ersten Instanz“ (... festgestellten Sachverhältnis) — einem solchen immerhin möglichen Irrtum vorbeugt hätte.

¹⁶⁾ Mit Rosenberg aaO. S. 666.

¹⁷⁾ Anm. II 3 a zu § 542.

¹⁸⁾ In RGZ 36/427 und 95/142.

¹⁹⁾ Baumbach-Lauterbach Anm. 2 B zu § 542, Rosenberg aaO. S. 666, Wieczorek Anm. B IV b 4 zu § 542.

²⁰⁾ Mit Rosenberg aaO. S. 667.

Zu bb) Wenn das Gesetz aus wohlerwogenen Gründen die Geständnisfiktion als Säumnisfolge für den Berufungsbeklagten einschränken will und wenn andererseits eine Beweisaufnahme, weil sie dem prozeßbeschleunigenden Zweck des Säumnisverfahrens widerspricht, auch im Säumnisverfahren der Berufungsinstanz keinen Raum hat²¹⁾, dann besteht die Gefahr, daß es in den weitaus meisten Fällen gar nicht zu einem Versäumnisurteil gegen den Berufungsbeklagten kommen kann. Dieser Gefahr begegnet der Gesetzgeber dadurch, daß er eine zulässigerweise beantragte Beweisaufnahme als stattgefunden und erfolgreich fingiert. Der Berufungskläger kann also dem „festgestellten Sachverhältnis“ nicht durch entgegenstehende Behauptungen, wohl aber durch neue (§ 529 I) oder in der ersten Instanz noch nicht berücksichtigte Beweisanträge entgegenreten, denen „das in Aussicht gestellte Ergebnis“ gleich von vornherein zuerkannt wird.

Dieser vom „in Aussicht gestellten Ergebnis“ sprechende Wortlaut des Gesetzes hat zu einem immer noch andauernden Meinungsstreit geführt: In einer Anmerkung zu einer Entscheidung des Oberlandesgerichts Stettin weist Jonas²²⁾ auf die „erheblichen Auslegungsschwierigkeiten“ hin, die diese Formulierung mit sich bringt. Sie könne, so meint Jonas, sprachlich-logisch betrachtet ein Doppeltes bedeuten: Entweder lediglich, daß z. B. der Zeuge dasjenige aussage, worüber er vorgeschlagen ist, und daß aufgrund des so fingierten Ergebnisses eine neue Beweiswürdigung (über Glaubwürdigkeit, Beachtlichkeit etc.) vorzunehmen wäre, oder, daß die Beweisaufnahme als erfolgreich, der Beweis bzw. Gegenbeweis als geführt fingiert werde, so daß für eine Beweiswürdigung kein Raum mehr vorhanden sei. Die Frage, so fährt Jonas fort, sei im letzteren Sinn zu entscheiden. Die Abwägung eines wirklichen und eines fingierten Beweisergebnisses sei „sowohl praktisch wie logisch ein Unding“, denn Wirkliches und Fingiertes seien „inkommensurable Größen²³⁾“. Wenn das Gesetz dem Berufungsgericht wirklich die Aufgabe einer abwägenden Beweiswürdigung hätte weisen wollen, argumentiert Jonas weiter, dann hätte es ihm auch die Befugnis einräumen müssen, die Beweise wirklich zu erheben. Ließe man es zu, daß das Berufungsgericht z. B. die fingierte Aussage des Ehegatten außer acht ließe, so stünde der Berufungskläger im Säumnisverfahren schlechter als im streitigen, wo es möglich wäre, daß das Gericht sich durch die Aussage des Ehegatten aufgrund des persönlichen Eindrucks überzeugen läßt. Dieser Auffassung, die in weitgehend wörtlicher Übereinstimmung von Stein-Jonas-Schönke²⁴⁾ und im Ergebnis auch von Baumbach-Lauterbach²⁵⁾ und Schönke²⁶⁾ übernommen wurde, ist in den Punkten beizupflichten, daß man die getroffene Formulierung tatsächlich im aufgezeigten Sinne auslegen kann und daß man eine Beweiswürdigung insoweit ablehnen muß, als sie sich auf die Glaubwürdigkeit der Beweismittel bezieht. In dieser

²¹⁾ Was auch Schönke aaO. S. 362 hervorhebt.

²²⁾ JW 32/2904.

²³⁾ Die gleichen Worte hatte bereits das OLG Hamburg in einem Urteil vom 10. 12. 1902 (OLGE 7/292) gefunden.

²⁴⁾ Anm. II 3 b zu § 542.

²⁵⁾ Anm. 2 C zu § 542.

²⁶⁾ S. 362 aaO.

Hinsicht ist Jonas' Bemühung aber ganz überflüssig, wenn er eine „Gegenmeinung“ bekämpfen zu müssen glaubt; eine Beurteilung der Glaubwürdigkeit des nach § 542 II zu fingierenden Beweisergebnisses wird nirgends gefordert.

Wenn nach den Worten des Reichsgerichts²⁷⁾ „der nach dem Absatz II des § 542...zulässigerweise...angetretene Beweis...für erbracht zu gelten“ hat oder²⁸⁾ nach § 542 II anzunehmen“ ist, „daß das Gutachten (es handelte sich um einen Sachverständigenbeweis) zugunsten des Beklagten ausfallen werde“, und wenn auch Rosenberg²⁹⁾ und Wiczorek³⁰⁾ sich zur gleichen Auslegung des Gesetzes bekennen, so entspricht das der von Jonas ausgeführten, aber nichts weiter als selbstverständlichen Überlegung: Das Gesetz bringt eine Fiktion, Untersuchungen über ihre Berechtigung im Einzelfall sollen dem Gericht nicht nur erspart, sondern — dem prozeßbeschleunigenden Zweck des Säumnisverfahrens entsprechend — sogar verboten sein. Die von Jonas und den ihm folgenden Autoren befürchtete Gefahr, das Gericht könne — etwa mit Rücksicht auf die mutmaßliche Unzuverlässigkeit des angebotenen Zeugen oder Sachverständigen — das in Aussicht gestellte Beweisergebnis von vornherein unberücksichtigt lassen, ist demnach gar nicht vorhanden.

Die weitere Frage, was das Gericht mit dem so gewonnenen Beweisergebnis zu beginnen hat, insbesondere, ob es einen Vergleich mit dem erstinstanzlichen Beweisergebnis anstellen und seine Rückschlüsse hieraus dem Versäumnisurteil zugrunde legen darf, wird allerdings von den erwähnten Meinungsgruppen gegensätzlich beantwortet: Das Reichsgericht, Rosenberg und Wiczorek³¹⁾ und auch Seuffert-Walsmann³²⁾ sehen in einem solchen Vorgehen des Gerichts durchaus kein „praktisches und logisches Unding“, sondern halten eine derartige Abwägung für notwendig. Sie stützen dies mit Recht darauf, daß auch die Fiktion des Beweisergebnisses dem festgestellten Sachverhältnis nicht entgegenstehen dürfe.

Es darf allerdings nicht verkannt werden, daß man diese Behauptung nicht auf den Wortlaut des § 542 II stützen kann; denn dieser bringt nicht klar genug zum Ausdruck, daß die im Hinblick auf das festgestellte Sachverhältnis getroffene Einschränkung nicht nur für die Geständnisfiktion, sondern auch für die Fiktion des Beweisergebnisses gelten soll. Man muß daher, wenn man die von Jonas aufgeworfene und — wie gezeigt — so gegensätzlich beantwortete Frage lösen will, wiederum auf den Zweck des § 542 II abstellen. Der dieser Einschränkung zugrunde liegende, zu aa) erhobene Gedanke des Schutzes des Berufungsbeklagten und des bereits gefällten Richterspruches erfordert es aber, auch die zweite Fiktion des § 542 II von den Feststellungen der ersten Instanz abhängig zu machen. Haben sich

²⁷⁾ GruchBeitr. 47/1179.

²⁸⁾ JR 27/302 (Nr. 534).

²⁹⁾ aaO. S. 667: „... es soll ohne Beweisaufnahme und ohne Beweiswürdigung der Beweis (oder Gegenbeweis) als gelungen betrachtet und z. B. angenommen werden, daß der Zeuge oder Sachverständige glaubwürdig ausgesagt habe...“

³⁰⁾ Anm. B IV b 6 zu § 542: „... der angetretene Beweis als erbracht zu unterstellen, also auch die Glaubwürdigkeit dessen, was bekundet werden soll.“

³¹⁾ Jeweils aaO.

³²⁾ Anm. 2 a zu § 542.

die Parteien in einer — möglicherweise sehr langwierigen — Beweisaufnahme um die Ermittlung der Wahrheit bemüht und hat das Ergebnis dieser Bemühungen eine — vielleicht sogar sehr eingehende — richterliche Würdigung gefunden, dann darf das Berufungsgericht auch nicht und gerade nicht im Säumnisverfahren, wo eine derartige Wahrheitsermittlung keinen Platz hat, hieran aufgrund eines bloßen Beweistritts vorbeigehen. Freilich ist der Berufsrichter nicht an die Beweiswürdigung des Erstrichters gebunden; er soll aber auch nicht an die Verwertung des nach § 542 II als erbracht zu fingierenden Beweises gebunden sein.

Denkgesetzliche Überlegungen müßten, auch wenn sie berechtigt wären, hinter dieser Notwendigkeit zurücktreten. Indessen aber leuchtet es gar nicht ein, warum der Vergleich des in der zweiten Instanz zu fingierenden Beweisergebnisses mit dem der ersten Instanz ein „praktisches und logisches Unding“ sein soll. Auch das Beweisergebnis der ersten Instanz ist für den Berufsrichter kein „wirkliches“; auch bei ihm hat er keinen persönlichen Eindruck z. B. über die Aussage eines Zeugen. Nur der tote Buchstabe des Akteninhalts steht zur Verfügung. Warum soll dann eine solche lediglich noch schriftlich vorliegende Aussage mit einer als stattgefunden zu fingierenden und ebenfalls (in Gestalt der Behauptungen des Klägers) schriftlich bereits vorliegenden Aussage dem Wesen nach unvereinbar sein? Den Gesetzen der Logik dürfte ein Vergleich und eine Abwägung zwischen zwei solchen Aussagen nicht widersprechen.

Für die Praxis ist es natürlich leichter, mit einer vorbehaltlosen Fiktion zu arbeiten, als sich um eine solche Abwägung im Einzelfall zu bemühen; doch wenn sie — wie hier — die prozessuale Gerechtigkeit erfordert, liegt sie im Rahmen der richterlichen Entscheidungspflicht, die sich nicht selten glaubwürdigen, aber voneinander abweichenden Beweisergebnissen gegenüber sieht.

Der Grundgedanke der im § 542 getroffenen Regelung ist — wie zusammenfassend nochmals hervorgehoben werden darf — aus dem Zweck des Säumnisverfahrens, aus einer prozessualen Gerechtigkeit und auch aus prozeßökonomischen Gesichtspunkten heraus durchaus vernünftig und einleuchtend, wenn dort zwar grundsätzlich die für das Säumnisverfahren der ersten Instanz geltenden Vorschriften auch in der Berufungsinstanz für anwendbar erklärt werden, andererseits aber das Bemühen der Parteien und des Gerichts während des vorangegangenen Rechtszugs nicht ganz außer acht bleiben soll. Auch die Art und Weise, wie der Gesetzgeber diesen Gedanken verwirklicht, indem er die Geständnisfiktion im Hinblick auf das bereits festgestellte Sachverhältnis einschränkt, ihr aber mit der gleichen Beschränkung eine Fiktion des Beweisergebnisses an die Seite stellt, ist nicht ungeschickt³³⁾. Ungeschickt ist aber auch hier wieder der Gesetzestext, der einmal nicht zum Ausdruck bringt, daß das „festgestellte Sachverhältnis“

³³⁾ Anderer Auffassung ist Schima (aaO. S. 232), wenn er die getroffene Regelung als „unglücklich“ und die „Unterscheidung zwischen Vorbringen, das schlechthin als zugestanden anzusehen ist, und anderen Behauptungen, für die schon der Beweis angetreten wurde“ als „gekünstelt“ bezeichnet. Schima verkennet aber die Schwierigkeiten, denen sich der Gesetzgeber bei dem gebotenen Kompromiß zwischen dem Zweck des Säumnisverfahrens und einer der prozessualen Gerechtigkeit entsprechenden Erhaltung des Ergebnisses der ersten Instanz gegenüber sah.

nur das der ersten Instanz ist, und zum anderen nicht erkennen läßt, daß die insoweit getroffene Einschränkung auch für die zweite Fiktion (des Beweisergebnisses) gilt.

2. In der Revisionsinstanz

gelten keine besonderen gesetzlichen Bestimmungen für den Säumnisfall. Das Säumnisverfahren richtet sich daher im Rahmen der Generalverweisung des § 557 ohne besondere Abweichungen nach den Vorschriften der §§ 330 ff. Eine solche Abweichung, insbesondere wie sie § 542 II für die Berufungsinstanz bringt, erweist sich nämlich in der Revisionsinstanz nicht als notwendig³⁴⁾; denn das Revisionsgericht ist ohnehin gem. § 561 an die Feststellungen der Vorinstanz gebunden, sogar auf diese weitgehend beschränkt. Für die wenigen neuen Tatsachen, die das Revisionsgericht nach § 561 berücksichtigen darf, und die nach § 554 III/2 b nur Verfahrensmängel begründen dürfen, kann dann ohne Einschränkung die Geständnisfiktion nach § 331 gelten³⁵⁾.

3. Die Aktenlageentscheidung im Rechtsmittelverfahren

ist ebenfalls keiner besonderen Regelung unterworfen. Das Verfahren richtet sich daher über die Generalverweisungen der §§ 523, 542 I bzw. 554 nach den für die erste Instanz gültigen Regelungen der §§ 331 a und 251 a. Die oben stattgefundenen Erörterungen³⁶⁾ über das Wesen, die Grundlagen und die besonderen Voraussetzungen der Aktenlageentscheidung gelten daher ebenso für die Rechtsmittelinstanz. Bei letzteren ist die erörterte Streitfrage³⁷⁾ über das Erfordernis des § 251 a I Satz 2 einer früheren mündlichen Verhandlung von Bedeutung, die — um das gewonnene Ergebnis zu wiederholen — dahin beantwortet werden muß, daß die mündliche Verhandlung in der gleichen Instanz stattgefunden haben muß³⁸⁾.

³⁴⁾ Die entgegenstehende Äußerung des Bundesgerichtshofs in seinem Urteil vom 12. 2. 55 (NJW 55/748), wo von der „an sich für das Versäumnisverfahren im Berufungs- und Revisionsrechtszug maßgebenden Vorschrift des § 542 Abs. 2 ZPO (§ 566 ZPO)“ gesprochen wird, kann wohl nur auf einem Versehen beruhen; denn § 566 läßt nach seinem klaren Wortlaut u. a. nur die über die Anfechtbarkeit der Versäumnisurteile im Berufungsverfahren geltenden Vorschriften, nicht aber die dort getroffenen Bestimmungen über das Säumnisverfahren selbst Anwendung finden. Auch Riebert weiß in seinem die Frage berührenden Aufsatz („Das Versäumnisurteil und das Urteil nach Lage der Akten im Ehescheidungsrechtsstreit“ ZZP 71/339 ff) mit dieser Entscheidung insoweit nichts anzufangen (aaO. S. 352).

³⁵⁾ Mit Rosenberg aaO. S. 690, Schima aaO. S. 225.

³⁶⁾ Unter II C.

³⁷⁾ Unter II C 2. b) aa).

³⁸⁾ Die gegenteilige Auffassung vertritt neuerdings auch Wieczorek (Anm. B II zu § 542); vgl. ferner die Fußnoten zu II C 2. b) aa).

B. Die Säumnis in den besonderen Verfahrensarten:

1. Im Urkunden- und Wechselprozeß:

Der Gesetzgeber gibt dem Kläger für bestimmte, einfache (namentlich Geld-) Ansprüche im Urkundenprozeß die Möglichkeit, schnell einen vollstreckbaren Titel zu erlangen, knüpft dies allerdings an die Voraussetzung, daß der Anspruch durch Urkunden, das überzeugendste und am wenigsten einer Würdigung unterworfenen Beweismittel, bewiesen werden kann (§ 592) und dieser Beweis sofort im Sinne des § 420 durch Vorlage der Urkunden angetreten wird (§ 593 II). Selbstverständlich muß sich diese Besonderheit auch auf das Säumnisverfahren auswirken.

a) Bei Säumnis des Klägers besteht kein Hinderungsgrund, auch im Urkundenprozeß den Grundgedanken des § 330 zu verwirklichen und die Klage einfach aus der Säumnis und dem Zweck des Säumnisverfahrens heraus als unbegründet abzuweisen. Hierfür müssen selbstverständlich auch hier die allgemeinen Prozeßvoraussetzungen gegeben sein, ansonsten kontradiktorisches, klageabweisendes Prozeßurteil ergehen muß³⁹⁾.

So aber wie in der Rechtsmittelinstanz die form- und fristgerechte Einlegung des Rechtsmittels zu diesen von Amts wegen zu berücksichtigenden Umständen hinzutritt, so müssen auch im Urkundenprozeß die Voraussetzungen des § 592 als besondere Prozeßvoraussetzungen⁴⁰⁾ innerhalb der gebotenen Amtsprüfung vorweg beurteilt werden. Nicht bereits dann, wenn die allgemeinen Prozeßvoraussetzungen vorliegen, sondern erst dann, wenn auch die besonderen des § 592 bejaht wurden, darf das (sachabweisende) Versäumnisurteil des § 330 ergehen⁴¹⁾.

Dem widerspricht allerdings Schönke⁴²⁾, der bei Nichterscheinen des Klägers und bei Antragstellung des Beklagten die Abweisung der Klage durch Versäumnisurteil nach § 330 zuläßt, „bevor die besonderen Voraussetzungen des Urkundenprozesses untersucht werden“. Es muß im Rahmen der hier gebotenen Erörterungen dahingestellt bleiben, ob das Gericht, bevor es diese Prüfung anstellt, eine Sachentscheidung erlassen darf, wenn „der in der Klage geltend gemachte Anspruch an sich oder infolge einer Einrede des Beklagten als unbegründet sich darstellt“ (§ 597 I) oder wenn der Kläger verzichtet oder der Beklagte anerkennt — im Säumnisfall darf jedenfalls nicht von dem Grundsatz abgewichen werden, daß eine Sachentscheidung nur bei Vorliegen der jeweiligen prozessualen Erfordernisse ergehen kann. Dies ergibt sich aus der einfachen Überlegung, daß, wenn man der angeführten Auffassung folgen würde, beim Nichtvorliegen einer der Voraussetzungen des § 592 gegen den erschienenen Kläger lediglich ein die Klage als in der

³⁹⁾ S. dazu oben unter II B 2.; eigens für den Urkundenprozeß hebt dies Seuffert-Walsmann (Anm. 2 b zu § 597) hervor: „... ein Endurteil, daher durch Berufung oder Revision anfechtbar, nicht mit dem Einspruch, da es niemals auf Versäumnisfolgen beruht.“

⁴⁰⁾ So werden die Voraussetzungen des § 592 mit Recht u. a. von Schönke (aaO. S. 391), Rosenberg (aaO. S. 760) und Baumbach-Lauterbach (Anm. 2 B zu § 597) bezeichnet.

⁴¹⁾ Mit Baumbach-Lauterbach Anm. 1 zu § 597 und Rosenberg aaO. S. 760.

⁴²⁾ aaO. S. 393.

gewählten Prozeßart unstatthaft abweisendes (Prozeß-)Urteil, gegen den säumigen Kläger aber ein die Klage als unbegründet abweisendes Versäumnisurteil erlassen werden müßte. Dem Beklagten gegenüber würde dies bedeuten, daß er im Säumnisverfahren besser stünde als im kontradiktorischen, weil er dort ein Sachurteil, hier aber nur ein Prozeßurteil erstreiten könnte. Eine derart weitgehende Benachteiligung des Klägers, noch mehr aber Bevorzugung des Beklagten im Säumnisverfahren ist aber nicht gerechtfertigt⁴³⁾. Schon aus diesem Gesichtspunkt wird man mit der herrschenden Meinung eine sofortige Prüfung auch der besonderen Voraussetzungen des Urkundenprozesses — jedenfalls im Säumnisfalle — fordern müssen.

b) Problematischer als die des Klägers ist auch im Urkundenprozeß die Säumnis des Beklagten: Zunächst darf auch gegen ihn nur ein Versäumnisurteil ergehen, wenn nicht nur die allgemeinen, sondern auch die besonderen Voraussetzungen des Urkundenprozesses nach § 592 gegeben sind.

In diesem Falle muß sich aber auch die dem Kläger im § 593 II auferlegte Pflicht des sofortigen urkundlichen Beweisantritts bemerkbar machen. Würde bei Säumnis des Beklagten die Geständnisfiktion nach § 331 I uneingeschränkt eintreten, so wäre der Kläger jener Pflicht enthoben. Die Vorteile, die ihm der Urkundenprozeß verschafft, erfordern es aber, daß er ihr auch im Säumnisverfahren unterliegt. Er könnte sonst, falls er Anlaß hat, mit der Säumnis des Beklagten zu rechnen, seinen Anspruch im Urkundenprozeß geltend machen, dem Beklagten dessen Beschränkungen auferlegen und auf diese Weise schnell zu einem vollstreckbaren Titel gelangen, ohne die hiermit nach § 593 II verbundene Beweisantrittspflicht erfüllt zu haben oder vielleicht gar erfüllen zu können. Ein solches Vorgehen wäre für den Kläger sogar ohne Risiko, da er nach § 596 jederzeit und ohne Voraussetzung die Möglichkeit hat, zum normalen Verfahren überzugehen. Es muß daher, was bereits die Motive nicht verkannten⁴⁴⁾, im Urkundenprozeß von einer vorbehaltlosen und uneingeschränkten Geständnisfiktion des Beklagten abgesehen werden.

Dieser Notwendigkeit will § 597 II dadurch Rechnung tragen, daß er gebietet, die Klage „als in der gewählten Prozeßart unstatthaft“ abzuweisen, wenn „der Urkundenprozeß unstatthaft“ ist, „insbesondere ein dem Kläger obliegender Beweis nicht mit den im Urkundenprozeß zulässigen Beweismitteln angetreten oder mit solchen Beweismitteln nicht vollständig geführt“ ist, „selbst wenn in dem Termin zur mündlichen Verhandlung der Beklagte nicht erschienen ist“.

Führt man sich die aufgezeigten Überlegungen vor Augen, die zu dieser Regelung geführt haben, so gibt diese Formulierung — auch wenn sie Stein-

⁴³⁾ Ähnlich argumentiert Baumbach-Lauterbach (Anm. 1 zu § 597).

⁴⁴⁾ S. 349 (Hahn aaO. S. 390): „Der Kläger, welcher den Urkundenprozeß gewählt hat oder weiter in demselben verharrt, kann die Vorteile aus demselben nur verlangen, wenn er für den an sich begründeten Anspruch einen vollständigen Beweis antritt bzw. erbringt. Die Annahme, daß der ungehorsame Beklagte die zur Begründung der Klage angeführten Tatsachen zugesteht, wie sie im ordentlichen Prozeß Platz greift, verträgt sich mit den materiellen Bedingungen, wie sie auf Seiten des klägerischen Prozeßrechts vorliegen müssen, nicht.“

Jonas-Schönke⁴⁵⁾ als „wenig glücklich“ bezeichnet — zu keinem Zweifel Anlaß: Die nach § 593 II durch Urkunden zu belegenden Klagebehauptungen sollen bei Säumnis des Beklagten nicht — wie es nach § 331 I der Fall wäre — als zugestanden fingiert werden, sondern der Kläger muß, um ein Versäumnisurteil gegen den Beklagten zu erlangen, wenigstens seiner Beweis-antrittspflicht genügt haben.

Trotzdem hat diese Regelung des § 597 II zu einem — wenn auch mittlerweile abgeebbten — Meinungsstreit geführt. Er entzündete sich an zwei sich widersprechenden Entscheidungen des Kammergerichts, das zunächst⁴⁶⁾ die Vorlage der Urkunden bei Säumnis des Beklagten für nicht erforderlich hielt, diese dann aber⁴⁷⁾ doch wieder verlangte.

In einer Anmerkung zur ersteren Entscheidung stimmt dieser Abeles⁴⁸⁾ voll und ganz zu. Die dortige Auffassung sei nicht nur richtig, sondern entspreche einem großen praktischen Bedürfnis. Nur der dem Kläger obliegende Beweis müsse durch Urkunden erbracht werden. Er obliege ihm aber nicht bei Tatsachen, welche zugestanden sind oder als zugestanden fingiert werden — und Abeles verweist auf § 331. Der von der Säumnis sprechende Teil des § 597, so argumentiert er weiter, beziehe sich nicht auf die Worte vom obliegenden Beweis, da § 597 II „ein Konglomerat von Vorschriften“ sei. Gleich im Anschluß daran⁴⁹⁾ widerspricht dieser Auffassung Bernstein und zwar mit Recht, wenn er betont, daß die Geständnisfiktion nur für den ordentlichen Prozeß, nicht für den Urkundenprozeß Geltung haben soll. Würde beim Nichterscheinen des Beklagten, so hebt Bernstein hervor, die Fiktion Geltung haben, der Beklagte gestehe zu, daß die der Klage zugrunde liegende Urkunde vorhanden sei, so würde nicht für diesen Fall im § 597 ZPO noch von einem auch im Säumnisverfahren dem Kläger obliegenden Beweis gesprochen werden können.

Freilich ist damit noch nicht Abeles' Behauptung widerlegt, der vom Säumnisfall sprechende Nebensatz im § 597 II beziehe sich gar nicht auf die dort ebenfalls erwähnte Beweispflicht des Klägers. Ganz abgesehen davon, daß diese Behauptung dem eindeutigen Wortlaut des Gesetzes widersprechen muß und daß sie auch der erwähnten Notwendigkeit, die Geständnisfiktion des § 331 im Urkundenprozeß aufzugeben, nicht Rechnung trägt, ergibt sich ihre Unrichtigkeit aus dem Gesetz selbst: Die Tatsache, daß § 600 III für das Nachverfahren die Vorschriften des Säumnisverfahrens entsprechend anwendbar sein läßt, kann nur bedeuten, daß im Urkundenprozeß selbst diese Vorschriften abgeändert sind. Würde — wie Abeles behauptet — § 597 II keine Abänderung des § 331 bringen, dann hätte es der Regelung des § 600 III gar nicht bedurft; denn außerhalb des § 597 II befindet sich in den Vorschriften über den Urkundenprozeß keine den Säumnisfall betreffende Regelung, die durch § 600 III für das Nachverfahren wieder aufgehoben werden müßte. Allerdings muß § 597 II eng ausgelegt werden. Er läßt die Frage unberührt, ob der Kläger nicht außerhalb des Säumnisverfahrens von der ihm nach § 593 II obliegenden Beweis-antrittspflicht enthoben werden

⁴⁵⁾ Anm. III 1 zu § 597.

⁴⁶⁾ JW 29/120.

⁴⁷⁾ JW 31/3566.

⁴⁸⁾ JW 29/825.

⁴⁹⁾ JW 29/826.

kann, insbesondere bei offenkundigen (§ 291) und bei (ausdrücklich) zugestandenem Tatsachen (§ 288); selbst „unbestritten gebliebene“ Tatsachen werden vom Reichsgericht⁵⁰⁾ und der herrschenden Meinung⁵¹⁾ nicht der Beweispflicht des Klägers unterworfen, wobei mit Recht unterstrichen wird⁵²⁾, daß dies nur für den Fall kontradiktorischer Verhandlung gelten darf, also über § 138 III. Die insoweit mit Stein-Jonas-Schönke⁵³⁾ bestehende Meinungsverschiedenheit, der nicht nur für die Geständnisfiktion nach § 331 I, sondern auch für die nach § 138 III im Urkundenprozeß keinen Raum lassen will, mag in dem hier zur Erörterung stehenden Zusammenhang auf sich beruhen. — Die Geständnisfiktion als die gerechte und notwendige Folge der Säumnis des Beklagten⁵⁴⁾ darf im Urkundenprozeß aber nur soweit durchbrochen werden, als es seine Besonderheiten unbedingt erfordern. Hat der Kläger der ihm — wie gezeigt — auch bei Säumnis des Beklagten nach § 593 II obliegenden Beweisantrittspflicht genügt, so können die Erklärungen, die den auf diese Weise angetretenen Beweis zum erbrachten Beweis machen, der Geständnisfiktion unterliegen. Das eingangs erwähnte, im Urkundenprozeß zu befürwortende Schutzbedürfnis des Beklagten darf nicht soweit gehen, ihm auch eine Äußerung zu den vorgelegten, also vorhandenen, Urkunden zu ersparen; dies gilt um so mehr, als die Urkunden dem Beklagten mitgeteilt wurden und er innerhalb der Einlassungs- oder — bei Vorlage mit einem Schriftsatz — der Frist des § 593 II Gelegenheit zur Erklärung hatte und somit auch der Grundgedanke des § 335 I/3, der ja aus der Geständnisfiktion des § 331 I folgt⁵⁵⁾, gewahrt ist. Bei Erfüllung der Voraussetzungen nach § 593 II kann also, falls der Kläger Unterschriften vorgelegt hat, deren Echtheit, falls er Abschriften einreichte, die Übereinstimmung der Abschriften mit der Urschrift als zugestanden angenommen werden⁵⁶⁾.

Dort aber, wo es nicht nur auf die Echtheit der (vorhandenen) Urkunden und auf die Übereinstimmung der vorgelegten Abschriften mit den (vorhandenen) Urkunden ankommt, sondern wo die Geltendmachung des Klageanspruchs an den Besitz der (Original-)Urkunde gebunden ist, darf die Geständnisfiktion auch insoweit nicht eintreten; in diesen Fällen muß der Kläger den ihm nach § 592 obliegenden Beweis gem. § 593 II auch bezüglich der Inhaberschaft antreten, und dies kann er wiederum nur durch Vorlage der (Original-)Urkunden.

Damit hat der oben besprochene, sich an die Rechtsprechung des Kammergerichts anknüpfende Meinungsstreit wesentlich an praktischer Bedeutung verloren; denn der Urkundenprozeß tritt heute fast ausschließlich nur noch in

⁵⁰⁾ RGZ 142/306 und JW 27/378.

⁵¹⁾ Z. B. Rosenberg aaO. S. 757, Baumbach-Lauterbach Anm. 2 B zu § 592 und 2 B zu § 597, Schönke aaO. S. 391/392.

⁵²⁾ Reichsgericht und Rosenberg aaO.

⁵³⁾ Anm. III 1 zu § 597.

⁵⁴⁾ dazu die Erörterungen oben unter II B 1. b).

⁵⁵⁾ dazu oben unter II A 3. c).

⁵⁶⁾ Diese Folgerung entspricht auch der allgemeinen Meinung: Z. B. Stein-Jonas-Schönke Anm. III 2 zu § 597, Baumbach-Lauterbach Anm. 3 zu § 597, Wieczorek Anm. A II b 1 zu § 597, Zöllner Anm. 2 zu § 597, Sydow-Busch Anm. 4 zu § 597, Seuffert-Walsmann Anm. 2 b zu § 597.

Form seiner Unterart, des Wechsel- und Scheckprozesses in Erscheinung⁵⁷⁾, und gerade der Wechsel ist eine Urkunde, die die aus ihr folgenden Rechte nur dem Inhaber verleiht, ein Inhaberpapier.

c) Für die Entscheidung nach Lage der Akten ergibt sich im Urkundenprozeß keine Besonderheit. Sowohl bei Säumnis einer (§ 331 a) als auch bei Säumnis beider Parteien (§ 251 a) kann das Aktenlageverfahren stattfinden; es ist in dieser Prozeßart sogar durch die hier geltenden (Beweis-)Beschränkungen erleichtert. Mit Recht ist daher in den Vorschriften der §§ 592 ff. für diese Säumnisentscheidung keine abweichende Regelung getroffen. Folgerichtig setzt § 600 III daher für das Nachverfahren nur die für das Versäumnisurteil und nicht für das Säumnisverfahren geltenden Vorschriften wieder in Kraft. Die Bestimmungen über das Aktenlageverfahren werden durch den Urkundenprozeß nicht berührt und gelten daher hier⁵⁸⁾ wie dort unmittelbar.

Aus der Zusammengehörigkeit des Urkunden- und des Nachverfahrens, die § 600 I durch die Worte „... bleibt der Rechtsstreit anhängig“ bekundet, ergibt sich, daß im Nachverfahren auch der Prozeßstoff des vorangegangenen Urkundenprozesses berücksichtigt werden kann⁵⁹⁾ und daß es (für den Fall eines Urteils nach Lage der Akten) zur Erfüllung der Voraussetzung nach § 251 a I Satz 2 Halbs. 2 genügt, wenn im Urkundenprozeß mündlich verhandelt wurde⁶⁰⁾.

Die besondere Gestaltung des Urkundenprozesses — so darf nochmals zusammengefaßt werden — macht sich auch im Säumnisverfahren bemerkbar. Der Kläger, der dem Beklagten die Beschränkungen dieses Verfahrens nur unter den Voraussetzungen des § 592 auferlegen darf, muß diese Voraussetzungen auch bei Säumnis des Beklagten nachweisen; denn eine Geständnisfiktion im Sinne des § 331 würde diesen nicht nur unbillig benachteiligen, sondern sogar der Gefahr einer (jedenfalls verfahrensmäßig) ungerechten Inanspruchnahme ausliefern.

Erkennt man diese Notwendigkeit, so ergibt sich aus ihr klar und unmißverständlich die Regelung des § 597 II, die bei Nichterfüllung jener dem Kläger zur Auflage gemachten Beweisantrittspflicht eine Abweisung der Klage als in der gewählten Prozeßart unstatthaft auch bei Ausbleiben des Beklagten fordert. Zwingend und folgerichtig ist dann auch die Vorschrift des § 600 III, die die Bestimmungen über das Versäumnisurteil für das Nachverfahren wieder in Kraft setzt. Der Gedanke des § 331 darf allerdings insoweit aufrechterhalten bleiben, als — bei Wahrung der Voraussetzung

⁵⁷⁾ Dies hebt bereits Hellwig (aaO. 2. Teil 1919) hervor und führt dies mit Recht (S. 56) auf die wenigen Vorteile zurück, die der gewöhnliche Urkundenprozeß im Gegensatz zum Wechselprozeß gegenüber dem gewöhnlichen Verfahren bietet. Wie recht er mit dieser Feststellung hat, haben auch die folgenden Jahrzehnte gezeigt; auch heute noch hat der Urkundenprozeß nur in Gestalt des Wechsel- und Scheckprozesses praktische Bedeutung (so auch Baumbach-Lauterbach Anm. 1 vor § 592 und Rosenberg aaO. S. 756).

⁵⁸⁾ Mit Stein-Jonas-Schönke Anm. VII 2 zu § 600, Wieczorek Anm. E I c zu § 600, Baumbach-Lauterbach Anm. B 3 zu § 600.

⁵⁹⁾ Mit Stein-Jonas-Schönke Anm. VII 2 zu § 600.

⁶⁰⁾ Mit Stein-Jonas-Schönke aaO. und Wieczorek Anm. E I c zu § 600.

des § 335 I/3 — die Echtheit der Urkunden und die Übereinstimmung etwaiger Abschriften mit den Urschriften als zugestanden erachtet werden kann, jedoch auch dann nicht, wenn die Geltendmachung des Klageanspruchs nicht nur an das Vorhandensein von (echten) Urkunden, sondern an die Inhaberschaft geknüpft ist.

2. Die Säumnis im Statusprozeß:

Wenn sich der Gesetzgeber gezwungen sah, im Statusprozeß mit Rücksicht auf den dortigen besonderen Streitgegenstand die Verfahrensgrundsätze des gewöhnlichen Zivilprozesses weitgehend zu durchbrechen, so mußte davon auch das Säumnisverfahren erfaßt werden. Der Zweck des Säumnisverfahrens, der erschienenen Partei zu ihrem Recht zu verhelfen und das Verfahren im öffentlichen Interesse baldmöglichst zu beendigen, hat nämlich im Statusprozeß insoweit keine Berechtigung, als das öffentliche Interesse hier nicht lediglich auf die Vermeidung einer Verfahrensverschleppung und damit einer unnützen Belastung des Gerichts, sondern auf den Streitgegenstand selbst gerichtet ist. Familienrechtliche Verhältnisse, namentlich der Bestand und die Gültigkeit einer Ehe dürfen der Parteidisposition nicht unterliegen; bei ihnen steht — nach den Worten des Reichsgerichts⁶¹⁾ — „dem freien Willen der Parteien das öffentliche Interesse entgegen“ (wohl besser „... gegenüber“).

a) Bereits bei der Säumnis des Klägers muß sich diese Erkenntnis auswirken. Das gegen ihn nach § 330 in Form einer Sachabweisung vorgesehene Versäumnisurteil mit der (im Statusprozeß besonders weitgehenden) materiellen Rechtskraftwirkung, das sich allein auf die Säumnis stützt, darf nur dann ergehen, wenn das öffentliche Interesse weder der Art dieser „Rechtsfindung“ noch ihrem Ergebnis entgegensteht. Dies muß aber dort der Fall sein, wo auf solche Weise über die Gültigkeit oder den Bestand einer der dem Statusverfahren unterliegenden familienrechtlichen Beziehungen entschieden wird.

aa) Bei der Ehescheidungs-⁶²⁾ und Eheaufhebungsklage ist zwar „der Bestand der Ehe nach seinem ganzen Umfange“ Streitgegenstand⁶³⁾, gerade aber für die Klageabweisung besteht im § 616 eine besondere Regelung dahin, daß dieses Urteil in seiner Rechtskraftwirkung nicht

⁶¹⁾ RGZ 27/362.

⁶²⁾ Die Grundzüge des Säumnisverfahrens innerhalb dieses (häufigsten) Statusprozesses hat Riechert in einer nach Abschluß der Arbeit erschienenen Darstellung („Das Versäumnisurteil und das Urteil nach Lage der Akten im Ehescheidungsrechtsstreit“ ZZP 71/339) recht übersichtlich zusammengestellt. Abgesehen davon, daß er (S. 344) sich der Auffassung Rosenbergs anschließt und auch bei unzulässiger Berufung die Klage gegen den säumigen Kläger durch Versäumnisurteil abweisen lassen will (wogegen er bei unzulässiger Revision [S. 353] schlechthin — also nicht folgerichtig — von einem unechten Versäumnisurteil spricht), kommt er im wesentlichen — namentlich bei den für das Rechtsmittelverfahren bestehenden Streitfragen — zu den hier im folgenden gewonnenen Ergebnissen. Seine Darlegungen wurden in den jeweiligen Fußnoten noch berücksichtigt.

⁶³⁾ Mit RGZ 104/156.

den gesamten Streitgegenstand erfaßt, also nicht dem Kläger den (Scheidung- oder Aufhebungs-)Anspruch versagt, sondern sich hierin nur auf die klagebegründenden Tatsachen beschränkt. Über die Ehe selbst wird keine Entscheidung getroffen. Es widerspricht daher nicht dem öffentlichen Interesse, wenn diese Urteilswirkung auch nach § 330 eintreten kann, also allein aufgrund der Säumnis des Klägers ausgesprochen wird. Der Inhalt dieser Entscheidung entspricht ohnehin dem öffentlichen Interesse, da dieses auf den Weiterbestand einer (gültigen) Ehe gerichtet ist (was beispielsweise aus § 622 hervorgeht).

Bei der Scheidungs- und Aufhebungsklage dürfen also ohne Bedenken die Säumnisfolgen des § 330 eintreten. Der Gesetzgeber beging daher keine zu beanstandende Unterlassung, wenn er bei diesen Klagearten für die Säumnis des Klägers keine Sonderregelung traf.

- bb) Für die Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens ergibt sich die gleiche Folgerung daraus, daß bei ihr von vornherein der Streitgegenstand nicht das gesamte eheliche Verhältnis, sondern nur einen Teil davon umfaßt. Das diese Klage abweisende Urteil entscheidet daher schon deshalb — auch wenn es nicht der Rechtskraftbeschränkung des § 616 unterliegt — nicht über das Bestehen oder Weiterbestehen einer Ehe.

- cc) Anders ist es aber bei der Ehenichtigkeitsklage und bei der Ehefeststellungsklage. Hier entscheidet das sachabweisende Urteil über Gültigkeit und Bestand der Ehe selbst; hier bestünde also bei Geltung des § 330 die Gefahr, daß der Kläger — möglicherweise in Übereinstimmung mit dem Beklagten — diese Säumnisfolge herbeiführt und sich z. B. das Bestehen einer nichtigen oder das Nichtbestehen einer gültigen Ehe rechtskräftig bestätigen läßt, ohne daß das Gericht die Möglichkeit hat, die Voraussetzungen für diese im öffentlichen Interesse stehende Rechtsfolge zu überprüfen. Auch richtet sich das öffentliche Interesse bei diesen Klagen nicht auf die Aufrechterhaltung der Ehe, sondern auf die Ermittlung der Wahrheit⁶⁴⁾. Der Gesetzgeber durfte daher an die Säumnis des Klägers nicht die Sachabweisung im Sinne des § 330 knüpfen. Er hat somit für diese Klagen im § 635 eine Sonderregelung insoweit getroffen, als das gegen den Kläger ergehende Versäumnisurteil „dahin zu erlassen“ ist, „daß die Klage als zurückgenommen gelte“. Es tritt also nur die Wirkung des § 271 III ein: Der Rechtsstreit ist lediglich „als nicht anhängig geworden anzusehen“.

Diese Lösung ist durchaus geschickt; denn sie vermeidet die — wie gezeigt — nach der Art ihres Zustandekommens im öffentlichen Interesse bedenkliche Sachabweisung im Sinne des § 330, ohne dabei den prozeßbeschleunigenden Zweck des Säumnisverfahrens aufzugeben.

- dd) Was in dieser Hinsicht für die Nichtigkeits- und Feststellungsklage in Ehesachen gilt, muß auch für die weiteren Statusklagen des § 640 gelten. Auch bei ihnen entscheidet das Sachurteil über das Bestehen oder die Gültigkeit familiengerechter Verhältnisse, und auch bei ihnen darf daher die Säumnis des Klägers allein eine solche Entschei-

⁶⁴⁾ So argumentiert auch Stein-Jonas-Schönke (Anm. zu § 635).

derung nicht auslösen. Darüber hinaus erfordert auch hier das öffentliche Interesse die Ermittlung des wahren Sachverhalts. § 640 I fordert daher mit Recht für diese Klagen u. a. die entsprechende Anwendung des § 635.

- ee) Will man mit der neueren Rechtsprechung über den „*numerus clausus*“ der Statusprozesse hinaus eine weitere Statusklage über das Bestehen oder Nichtbestehen einer unehelichen Vaterschaft zulassen⁶⁵⁾, so muß aus den gleichen Gründen auch für dieses Verfahren die Regelung des § 635 gelten.

Es zeigt sich demnach, daß die Säumnis des Klägers je nach der Art des Statusverfahrens, in welchem sie eintritt, verschieden behandelt werden muß. Das Gericht muß sich also über diese vor Erlaß des Urteils Gewißheit verschaffen, falls sich bei ungenauer Formulierung der Anträge insoweit Zweifel ergeben, was namentlich bei den Klagen in Ehesachen (wie sie vorstehend unter aa) bis cc) aufgeführt wurden) möglich ist.

b) Noch mehr als bei der des Klägers muß sich der besondere Charakter des Statusverfahrens bei Säumnis des Beklagten bemerkbar machen. Wenn der Beklagte bereits im gewöhnlichen Zivilprozeß eines Schutzes bedarf, dann muß dies erst recht hier gelten, wo nicht lediglich Vermögenswerte, sondern persönliche, familienrechtliche Verhältnisse zur Entscheidung stehen. Darüber hinaus haben, was eingangs bereits hervorgehoben wurde, nicht nur Parteien, sondern hat auch die Öffentlichkeit am Inhalt dieser Entscheidung Interesse. Um diese nicht zu weitgehend dem Willen oder gar der Willkür der Parteien zu unterwerfen, mußte daher — nach den Worten des Reichsgerichts⁶⁶⁾ — „Vorkehr getroffen werden, um das öffentliche Interesse von dem individuellen Willen einer oder beider Parteien unabhängig zu machen“.

Diesem Gedanken entspricht die Beschränkung „der Dispositionsbefugnis der Parteien“, die das Reichsgericht im folgenden mit einzelnen Bestimmungen belegt und die namentlich in der „Beseitigung des Versäumnisverfahrens gegen den Beklagten“ besteht.

In der Tat konnte die Säumnis des Beklagten keine andere Behandlung finden als die des § 618 IV, demzufolge „ein Versäumnisurteil gegen den Beklagten unzulässig“ ist. Wenn bereits § 617 aus der erwähnten Notwendigkeit, den Verhandlungsgrundsatz auszuschließen⁶⁷⁾, die Vorschriften „über die Folgen der unterbliebenen oder verweigerten Erklärung über Tatsachen“ und damit den § 288, demzufolge zugestandene Tatsachenbehauptungen

⁶⁵⁾ wie dies namentlich der Bundesgerichtshof seit seinem Urteil vom 28. 4. 52 (u. a. in NJW 52/780) in ständiger Rechtsprechung tut, indem er „die Klage auf Feststellung der blutmäßigen Abstammung“ als „eine Statusklage i. S. der §§ 640 ff ZPO“ bezeichnet (aaO.). Auf die hieraus wegen des einheitlichen Rechtsverhältnisses der unehelichen Vaterschaft sich im Hinblick auf § 644 ergebenden dogmatischen Bedenken und wegen des sich oft zeigenden „Zwiespalts zwischen Unterhalts- und Abstammungsurteil“ bestehenden praktischen Schwierigkeiten weist Schwab (u. a. „Probleme der Abstammungsklage“, ZZP 68/121 ff, und „Die neueste Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Abstammungsklage“, NJW 56/649 ff) hin.

⁶⁶⁾ aaO.

⁶⁷⁾ So faßt auch Stein-Jonas-Schönke (Anm. I zu § 617) den Inhalt des § 617 zusammen.

keines Beweises bedürfen, ausschließt, dann ist bereits damit einer Geständnisfiktion im Sinne des § 331 der Boden entzogen⁶⁸⁾.

Die Regelung des § 618 IV findet aber ihre Rechtfertigung auch in den übrigen Sondervorschriften des Statusverfahrens: Das Reichsgericht hat dies in einem bereits im Jahre 1891 ergangenen Urteil⁶⁹⁾ mit seiner damals in prozessualen Fragen feststellbaren Gründlichkeit herausgestellt und ausgeführt, daß „der § 578 V (jetzt § 618 IV) im Anschluß nicht bloß an § 577 (jetzt § 617) sondern auch an die §§ 569 III, 579, und 581 (jetzt §§ 607, 619 und 622) aufgefaßt werden müsse. In Ehesachen dürfe demnach, so argumentiert das Reichsgericht weiter, „soweit das Interesse der Aufrechterhaltung der Ehe es erfordert, so wenig die poena praeclusi wie die poena confessi eintreten“.

Damit ist aus dem sich im Gesetz widerspiegelnden Grundgedanken des Statusverfahrens heraus überzeugend begründet, daß hier nicht nur nicht die Geständnisfiktion (die bereits § 617 unmöglich macht), sondern auch keine andere Säumnisfolge, wie etwa eine Präklusion, für den Beklagten eintreten darf⁷⁰⁾.

Wenn nach der Formulierung des § 618 IV das Versäumnisurteil gegen den Beklagten unzulässig ist, dann ergibt sich die Frage, ob nicht wenigstens die zweite Art der Säumnisentscheidung, die Entscheidung nach Lage der Akten, ergehen kann. Das Kammergericht hat diese Frage in einem Urteil vom 10. 4. 1930⁷¹⁾ bejaht. Mit Recht ist dieser Auffassung aber Levis in einer Anmerkung zu dieser Entscheidung⁷²⁾ entgegengetreten. Wenn er dies zunächst auf den Wortlaut des § 331 a stützt, demzufolge eine Aktenlageentscheidung „statt eines Versäumnisurteils“ beantragt werden kann, und daraus folgert, daß bei Unzulässigkeit eines Versäumnisurteils auch die Aktenlageentscheidung unzulässig sein müsse, so ist diese — wie manche allein auf den Gesetzestext gestützte — Begründung noch nicht überzeugend; denn es könnte im § 331 a mit gleicher Berechtigung der Erlaß der Aktenlageentscheidung an das „Vorliegen der Voraussetzungen für ein Versäumnisurteil“ geknüpft und damit mit der Formulierung des § 618 IV vereinbar sein. Einleuchtend ist aber Levis' weitere Argumentation insoweit, als „für ein Urteil nach § 331 a gegen den Beklagten im Eheverfahren kein Bedürfnis“ besteht. Mit Recht weist Levis darauf hin, daß der durch § 331 a beseitigte (wohl besser „zu beseitigende“⁷³⁾) Mangel des früheren Prozesses im Eheverfahren bei Säumnis des Beklagten überhaupt nicht bestanden habe, da hier von je diejenige Verfahrensförderung habe vorgenommen werden müssen, die durch einen Antrag nach § 331 a erzielt werden könne.

⁶⁸⁾ Obwohl § 617 die Vorschrift des § 331 nicht unmittelbar außer Kraft setzt, da er, wenn er von der „unterbliebenen oder verweigerten Erklärung“ spricht, vom Erscheinen und Verhandeln der Partei ausgeht (mit Stein-Jonas-Schönke Anm. III/1 zu § 617: „Nicht hierher gehört § 331“).

⁶⁹⁾ RGZ 28/398.

⁷⁰⁾ Die Motive führen die Vorschrift des § 618 IV allerdings nur auf den Wegfall des Zugeständnisses nach § 617 zurück (S. 365, Hahn aaO. S. 403). Das Reichsgericht (aaO.) erklärt dies aber damit, daß „der für das richtige Verständnis wesentliche § 581 (jetzt § 622) erst im Lauf der Beratungen eingeschoben ist“.

⁷¹⁾ ZZZ 56/194.

⁷²⁾ aaO.

⁷³⁾ Wie wenig das Aktenlageverfahren seinem Zweck gerecht werden kann, wurde oben unter II C herausgestellt.

Zu dieser Überlegung kommt noch hinzu, daß der mit dem Aktenlageverfahren verbundene Ausschluß der Mündlichkeit im Statusprozeß noch weniger am Platze ist als im gewöhnlichen Verfahren, da es hier auf die Feststellung des wahren Sachverhaltes, die in erster Linie die mündliche Erörterung gewährleistet, in erhöhtem Maße ankommt⁷⁴⁾.

Gerade bei diesem Punkt liegt der wesentliche Unterschied und der entscheidende Vorteil des im Statusverfahren möglichen „einseitig kontradiktorischen Urteils“ gegenüber dem Aktenlageverfahren, wenn auch sonst zwischen beiden Verfahren eine äußerliche Ähnlichkeit besteht⁷⁵⁾.

Man wird daher bei Säumnis des Beklagten neben dem einseitig kontradiktorischen Urteil ein Aktenlageverfahren nicht nur als überflüssig, sondern sogar als fehl am Platze bezeichnen müssen⁷⁶⁾. Der Zulässigkeit einer Aktenlageentscheidung bei Säumnis des Klägers und bei Säumnis beider Parteien steht diese Folgerung nicht im Wege⁷⁷⁾, jedoch ist auch hier wegen der — bereits hervorgehobenen — besonderen Bedeutung der Mündlichkeit vom Erlaß eines Urteils nach Lage der Akten dringend abzuraten⁷⁸⁾.

Wenn somit bei Säumnis des Beklagten nicht nur kein Versäumnisurteil, sondern auch keine Aktenlageentscheidung ergehen kann, dann ist die Formulierung des § 618 IV ungenau, und es müßte dort zumindest von der Unzulässigkeit nicht eines Versäumnisurteils, sondern einer Säumnisentscheidung die Rede sein.

Am besten wäre es aber, von der Unzulässigkeit des Säumnisverfahrens schlechthin zu sprechen; denn das Säumnisverfahren hat dort keine Berechtigung, wo es nicht zu einer Säumnisentscheidung führen kann. Dieser Erkenntnis folgt bereits das Reichsgericht in der oben zitierten Entscheidung⁷⁹⁾, wenn es von der „Beseitigung des Versäumnisverfahrens gegen den Beklagten“ spricht. Aus dem gleichen Gedanken heraus — weil sie nur auf den Erlaß eines Versäumnisurteils Anwendung finde — spricht sich das Reichsgericht⁸⁰⁾ auch entschieden dagegen aus, daß die Vorschrift des § 335 I Nr. 3 unmittelbar im einseitig kontradiktorischen Verfahren des § 618 gelte, wenn es auch eine entsprechende Anwendung wegen des hier wie dort gebotenen Schutzes des Beklagten für notwendig hält.

⁷⁴⁾ Ähnlich auch Levis aaO. und Riechert aaO. S. 340.

⁷⁵⁾ Zu weit geht daher Stein-Jonas-Schönke (Anm. II 2 b zu § 618), wenn er meint, das Verfahren nach § 618 laufe „im wesentlichen auf das gleiche hinaus wie das Verfahren nach § 331 a“, und den aufgezeigten Unterschied lediglich als „theoretisch“ bezeichnet, und Wieczorek (Anm. B II zu § 618), demzufolge das einseitig kontradiktorische Verfahren „praktisch zum Aktenlageverfahren“ wird.

⁷⁶⁾ Ähnlich Rosenberg (aaO. S. 783) und Seuffert-Walsmann (Anm. 6 a zu § 618); die Gegenmeinung im Sinne des Kammergerichts (unter Anführung der oben zitierten Entscheidung) vertritt Baumbach-Lauterbach (Anm. 2 C zu § 618).

⁷⁷⁾ Hierfür sprechen sich auch Levis (aaO.), Baumbach-Lauterbach (Anm. 2 B und D zu § 618) aus; für die Anwendbarkeit (lediglich?) des § 251 a auch Wieczorek (Anm. B II c 2 zu § 618).

⁷⁸⁾ Dies tun auch Baumbach-Lauterbach (Anm. 2 D zu § 618): „... wohl kaum zu empfehlen“, und Stein-Jonas-Schönke (Anm. II 2 b zu § 618): „... kaum zu empfehlen, von der Befugnis des § 251 a Gebrauch zu machen“; demgegenüber Riechert (aaO. S. 342): „... keine Bedenken ...“

⁷⁹⁾ RGZ 27/362.

⁸⁰⁾ In RGZ 88/66.

Der Wortlaut des § 618 IV, der lediglich von der Unzulässigkeit eines Versäumnisurteils gegen den Beklagten spricht, erweist sich somit als zu eng und müßte auf alle Vorschriften des Säumnisverfahrens ausgedehnt werden.

Eine weitere Ungenauigkeit dieser Formulierung zeigt sich in der Rechtsmittelinstanz: Wenn § 618 IV eine als Säumnisfolge ergehende, dem auf Aufrechterhaltung der Ehe gerichteten öffentlichen Interesse zuwiderlaufende Entscheidung verhindern will, dann hat er dort keine Berechtigung, wo eine solche Entscheidung bereits als kontradiktorisches Urteil ergangen ist und diese Entscheidung im Instanzenwege nachgeprüft wird. Bei einer solchen Nachprüfung tritt der in erster Instanz Beklagte als Rechtsmittelkläger auf und der Kläger des ersten Rechtszugs wird zum Rechtsmittelbeklagten. Bei Säumnis des letzteren kann ein Versäumnisurteil allenfalls das Rechtsmittel für erfolgreich erklären, also das erstinstanzliche Urteil aufheben. Für eine Anwendung des § 618 IV besteht in diesem Falle — auch wenn es sich um den (Instanz-)Beklagten handelt — kein Anlaß. Das Reichsgericht⁸¹⁾ hat diese Folgerung so ausgedrückt, daß „die Vorschrift auf den Kläger schlechthin keine Anwendung“ finde, „insbesondere auch dann nicht, wenn er in höherer Instanz als der Rechtsmittelbeklagte auftritt“.

Diese Überlegung muß grundsätzlich für beide in Betracht kommende Rechtsmittel gelten:

- aa) In der Berufungsinstanz darf allerdings die Vorschrift des § 542 II nicht übergangen werden. Sie muß jedoch insoweit unanwendbar bleiben, als sie als Säumnisfolge eine Geständnisfiktion eintreten läßt, da eine solche — wie bereits hervorgehoben wurde — im Statusverfahren nach § 617 wirkungslos ist. Hieraus darf man aber nicht⁸²⁾ auf eine Unanwendbarkeit des § 542 im Statusverfahren und damit auf eine Unzulässigkeit des Versäumnisurteils bei Säumnis des Berufungsbeklagten überhaupt schließen; denn § 542 läßt die Möglichkeit offen, daß ein Versäumnisurteil allein aufgrund des „festgestellten Sachverhältnisses“ ergeht, das dann auch mit der Vorschrift des § 617 vereinbar ist⁸³⁾.

⁸¹⁾ RGZ 28/393.

⁸²⁾ Wie Stein-Jonas-Schönke (Anm. VI 2 zu § 618) und Baumbach-Lauterbach (Anm. 2 E zu § 618); gegenteilig mit Recht Rosenberg (aaO. S. 786) und neuerdings Schwab in seiner nachstehend (Fußn. 83) erwähnten Anmerkung (NJW 59/730).

⁸³⁾ Diese Folgerung wird auch in einem neueren Urteil des Oberlandesgerichts München (NJW 55/1075) gezogen, wobei die Vereinbarkeit eines solchen Versäumnisurteils mit der Regelung des § 617 noch näher herausgestellt wird. Riechert (aaO. S. 348) lehnt zwar ebenfalls die Auffassung von Stein-Jonas-Schönke und Baumbach-Lauterbach ab, befürwortet aber eine Korrektur des entgegenstehenden festgestellten Sachverhältnisses durch etwa bereits erwiesenes neues Vorbringen. Er begründet dies damit, daß die insoweit getroffene Einschränkung im § 542 II dann ihre Bedeutung verliere, wenn die (einzuschränkende) Geständnisfiktion (als Folge des § 617) selbst wegfalle, da „sich diese Einschränkung . . . nur auf diese (Fiktion!) selbst bezieht“. Diese Argumentation klingt zwar einleuchtend, übersieht aber, daß auch in der Berufungsinstanz der Grundsatz des § 332 — so bedauerlich er ist — nicht durchbrochen werden, eine Beweisaufnahme bei der durch § 331 gebotenen Sachprüfung also nicht herangezogen werden darf (dazu oben unter IV A 1. b)). Das von Riechert empfohlene Versäumnisurteil würde somit gegen einen Grundgedanken unseres Säumnisrechts verstoßen und darf

- bb) Für die Revisionsinstanz, die keine Tatsacheninstanz ist und daher mit Geständnissen (und Geständnisfiktionen) kaum arbeitet⁸⁴⁾, sind solche Überlegungen nicht notwendig. Es geht aber zu weit, hier wegen der Bedeutungslosigkeit der Geständnisfiktion ein Versäumnisurteil auch gegen den Beklagten der ersten Instanz als Revisionsbeklagten zuzulassen⁸⁵⁾; denn der Ausschluß der Geständniswirkung im § 617 ist — wie gezeigt — nicht der einzige Grund für die Regelung des § 618 IV; auch die im öffentlichen Interesse stehende Art der Rechtsfindung darf nicht verletzt sein; sie wäre es aber, wenn man bei der herrschenden Untersuchungsmaxime den Beklagten seiner Verteidigungsmittel und Rechtsbehelfe berauben würde. Eine solche Präklusionswirkung ist nur dem (revisionsbeklagten) Kläger gegenüber vertretbar⁸⁶⁾.

Freilich ist das Säumnisverfahren nicht schlechthin gegen den Beklagten der ersten Instanz unzulässig, sondern eben nur dann, wenn er im Rechtsmittelverfahren wiederum Beklagter ist. Legt er selbst das Rechtsmittel ein, dann kann — genau wie im gewöhnlichen (Rechtsmittel-)Verfahren — der Gedanke des § 330 verwirklicht und das Rechtsmittel ohne sachliche Prüfung zurückgewiesen werden. Dies ergibt sich bereits daraus, daß hier eine Geständnisfiktion, der § 617 den Boden entziehen würde, nicht eintritt. Auch das öffentliche Interesse an der Aufrechterhaltung der Ehe, der zweite Grund für die Regelung des § 618 IV, wird durch diese Art der Rechtsfindung nicht verletzt; denn es wird hier keine neue Entscheidung getroffen, sondern lediglich eine bereits bestehende aufrechterhalten. Mit Recht hat daher das Oberlandesgericht Schleswig⁸⁷⁾ neuerdings auch im Statusverfah-

daher nicht zugelassen werden. — Weniger eindeutig als das OLG München, doch ebenfalls mit richtigem Ergebnis, äußert sich das OLG Nürnberg in einer nach Abschluß der hier angestellten Untersuchungen veröffentlichten Entscheidung (NJW 59/730). In seiner dem Beschluß im Ergebnis zustimmenden Anmerkung (aaO.) umreißt hingegen Schwab klar das Verhältnis zwischen den §§ 617 und 542 II u. a. mit den Worten: „Werden neue Tatsachen nicht vorgebracht und rechtfertigt der in der ersten Instanz festgestellte Tatbestand den Antrag des Berufungsklägers, steht § 617 ZPO dem Erlaß eines Versäumnisurteils nicht entgegen, da hier Geständniswirkungen überhaupt nicht in Frage kommen können.“

⁸⁴⁾ S. dazu oben unter A 2; wie hier auch Riechert (aaO. S. 353).

⁸⁵⁾ Dies befürwortet Stein-Jonas-Schönke (Anm. VI 4 zu § 618), „da eine Fiktion des Zugeständnisses der zur Begründung der Klage dienenden Tatsachen hier ohnehin nicht in Frage kommt“.

⁸⁶⁾ Mit ihr rechtfertigen auch das Reichsgericht (aaO. und RGZ 35/347) und der Bundesgerichtshof (NJW 55/748) hier das Vorliegen eines Versäumnisurteils, „da er (der Revisionsbeklagte) infolge seiner Säumnis der weiteren Verteidigungsmittel und sonstigen Rechtsbehelfe, die er hätte geltend machen können, tatsächlich verlustig geht“. Die Auffassung hätte sich besser aber auf den hier nicht zum Zuge kommenden Grundgedanken der Ausnahmenvorschrift des § 618 IV (so wie es das OLG München aaO. getan hat) stützen lassen.

⁸⁷⁾ Schlesw.-Holst. Anzeigen 57/206; im Ergebnis ebenso bereits das Reichsgericht in RGZ 27/361, Stein-Jonas-Schönke Anm. VI I zu § 618, Baumbach-Lauterbach Anm. 2 E zu § 618, Wieczorek Anm. B I zu § 618, Sydow-Busch Anm. 6 zu § 618 und neuerdings neben Riechert (aaO. S. 342) auch das OLG Bremen (NJW 56/108). Das OLG Schleswig weicht mit seinem angeführten Urteil ausdrücklich von seinem früheren Urteil (Schlesw.-Holst. Anz. 50/16) ab, wo es im gleichen Falle ein Versäumnisurteil nicht zuließ mit der Begründung, daß der Kläger im ersten Rechtszuge gegen den Beklagten eine Sachentscheidung nach § 618 begehren könne und

ren das Versäumnisurteil des § 330 gegen den im Rechtsmittelverfahren klagenden Beklagten zugelassen, weil „die Gründe des Verbots eines Versäumnisurteils (nach § 617 IV) nicht mehr vorliegen“. Weiterhin wird mit Recht hervorgehoben, daß die Zulassung einer einseitigen Verhandlung „das Ziel des Klägers, eine Nachprüfung des Urteils, trotz Säumnis erreichen“ würde und daß eine solche Möglichkeit die Zivilprozeßordnung einleuchtenderweise nirgends für einen säumigen Kläger oder Rechtsmittelkläger vorsehe, wobei mit Recht auf die §§ 330 und 635 verwiesen wird.

Die Vorschrift des § 618 IV ergibt sich also — wenn die vorstehenden Überlegungen nochmals zusammengefaßt werden sollen — in ihrem Grundgedanken „folgerichtig aus den Besonderheiten des Eheprozesses⁸⁸⁾“, wird dem aber nach ihrem Wortlaut in zweifacher Hinsicht nicht gerecht:

- aa) Sie verbietet lediglich ein Versäumnisurteil, wo doch der Eintritt in das Versäumnisverfahren überhaupt und insbesondere auch der Erlass einer Aktenlageentscheidung unzulässig sein muß.
- bb) Sie berücksichtigt nicht, die sich — eben aus diesem Grundgedanken heraus — für die Rechtsmittelinstanz ergebenden Folgerungen, daß das ausgesprochene Verbot nur für den Beklagten der ersten Instanz gilt, nicht für den Kläger als Rechtsmittelbeklagten, wohl aber auch für den Beklagten als Rechtsmittelkläger.

So begrüßenswert einerseits eine knappe und scheinbar eindeutige Vorschrift wie die des § 618 IV ist, so bedauerlich ist es andererseits, wenn sie trotzdem (oder infolgedessen?) zu Zweifelsfragen führt. Der Gesetzgeber hat hier das für die Klarheit gebotene Maß unterschritten, so daß Rechtsprechung und Literatur noch immer um eine Auslegung dieser Vorschrift — namentlich im Rechtsmittelverfahren — bemüht sein müssen.

Dem wäre weitgehend abgeholfen, wenn die Formulierung der Vorschrift die unter aa) und bb) herausgestellten Erfordernisse etwa wie folgt berücksichtigt würde:

„Ein Säumnisverfahren gegen den in erster Instanz Beklagten — es sei denn als Rechtsmittelkläger — ist unzulässig“

oder

„Ein Säumnisverfahren gegen den Beklagten der ersten Instanz ist nur zulässig, wenn er Rechtsmittelkläger ist“.

Gerade im Statusverfahren, wo nicht nur die Belange der Parteien, sondern auch die Interessen der Öffentlichkeit eine gewichtige Rolle spielen, ist gesetzliche Klarheit erforderlich, und muß ihr Fehlen besonders schmerzlich empfunden werden. Der Ruf nach einer Verbesserung unseres Säumnisrechts kann sich also nicht zuletzt auch auf die Vorschrift des § 618 IV — selbst wenn es sich hierbei um eine Sonderregelung handelt — stützen.

es „nicht einzusehen“ sei, „warum er im zweiten Rechtszug in dieser Hinsicht schlechter gestellt und nur in der Lage sein sollte, ein Versäumnisurteil zu begehren“. Diese Begründung überzeugt auch schon deshalb nicht, weil man eine Besserstellung in der Aussicht auf eine (noch dazu nach ihrem Inhalt nicht feststehende) kontradiktorische Entscheidung im Vergleich zum Anspruch auf ein Versäumnisurteil nicht erblicken kann.

⁸⁸⁾ Mit RGZ 28/298.

Lebenslauf

Als Sohn des Elektroingenieurs Michael Stöcklein und seiner Ehefrau Maria, geb. Hierl, wurde ich am 14. 5. 1929 in Bamberg geboren. 1935 trat ich in die Volksschule ein, 1941 in die Oberschule. Ich besuchte die „Oberschule für Jungen a. d. Kapuzinerstraße“ in Bamberg, die jetzige „Oberrealschule Bamberg“. Dort legte ich im Juni 1950 die Reifeprüfung ab und begann im Anschluß daran mein juristisches Studium an der — damals erweiterten — Philosophisch-Theologischen Hochschule Bamberg. Nach dem Sommersemester 1951 wurde ich für ein Jahr als Werkstudent beurlaubt und setzte zum Wintersemester 1952/53 mein Studium an der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen fort. Im Dezember 1955 unterzog ich mich dort der ersten juristischen Staatsprüfung und trat am 1. 3. 1956 in den Vorbereitungsdienst für den höheren Justiz- und Verwaltungsdienst ein. Im November 1956 wurde ich durch Fakultätsbeschluß mit dem Thema der vorliegenden Arbeit zur Promotion bei der Juristischen Fakultät der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen zugelassen.

Richard Adolf Stöcklein

